

〈論 説〉

# 物権変動における不完全権と完全権 その2・完

—— 最二小判昭 46・11・5 民集 25・8・1087 が示す  
不動産の二重譲渡での権利変動過程を題材として ——

松 田 佳 久

## 目 次

- I はじめに — 本稿の目的
- II 最高裁昭和 46 年判例と整合的な法的構成
  - 1. 最高裁昭和 46 年判例の判決文分析
  - 2. 最高裁昭和 46 年判例判決文と整合する学説
    - (1) 完全権と不完全権
    - (2) 最高裁昭和 46 年判例判決文と整合する構成
      - 非・無権利構成学説 —
      - A. 債権的效果説と相対的無効説
      - B. 不完全物権変動説 — 我妻説 —
      - C. 二段階物権変動論
      - D. 優先的効力説
      - 不真正無権利構成 —
      - E. 不完全物権変動説 — 山中説 —
      - F. 第三者主張説：否認権説
      - G. 第三者主張説：否認権行使意思実現説
      - H. 第三者出現（可能性）説
    - (3) 最高裁昭和 46 年判例判決文と整合する構成
      - ①修 正
      - 非・無権利構成学説 —
      - A. 債権的效果説と相対的無効説
      - B. 不完全物権変動説 — 我妻説 —
      - C. 二段階物権変動論
      - D. 優先的効力説
      - 不真正無権利構成 —

- E. 不完全物権変動説 — 山中説 —
- F. 第三者主張説：否認権説
- G. 第三者主張説：否認権行使意思実現説
- H. 第三者出現（可能性）説

②最高裁昭和 46 年判例判決文と整合する構成 以上、43 卷 3 号

### III その他事案での確認

1. 3 判例による承認事項
2. 不完全に排他的な物権
3. 背信的悪意者との関係
4. 虚偽表示と二重譲渡
5. 動産物権変動
6. 取消・解除と第三者
  - (1) 取消後の第三者
  - (2) 取消前の第三者
  - (3) 解除後の第三者
  - (4) 解除前の第三者
7. 時効完成と第三者
  - (1) 時効完成後の第三者
  - (2) 時効完成前の第三者
8. 遺産分割と第三者
  - (1) 遺産分割後の第三者
  - (2) 遺産分割前の第三者
9. 制限物権
  - (1) 制限物権と整合構成
  - (2) 未登記通行地役権と有過失者の民法 177 条における第三者からの除外
  - (3) 法定地上権
10. 不動産賃借権と物権化
11. 未登記不動産
  - (1) 妨害排除請求の相手方
    - ①最三小判 6・2・8 民集 48・2・373 と従来の判例
    - ②最判平成 6 年判決の判断
    - ③整合構成との関係
    - ④その他の事案と整合構成
      - 未登記建物の二重譲渡 —
      - 既登記建物の二重譲渡（両譲受人が未登記の場合） —
      - 譲渡人名義での嘱託登記と譲受人の登記取得 —
  - (2) 新築建物
12. 立木の二重譲渡
13. 混同による消滅と復活
14. 土地収用と農地買収

15. 公物の供用開始
16. その他の物権変動と第三者
17. 民法 717 条の所有権の責任
18. まとめ
  - (1) 背信的悪意者との関係
  - (2) 虚偽表示と二重譲渡
  - (3) 動産物権変動
  - (4) 取消後・解除後の第三者、時効完成後の第三者、遺産分割後の第三者
  - (5) 取消前・解除前の第三者
  - (6) 時効完成前の第三者
  - (7) 遺産分割前の第三者
  - (8) 制限物権
  - (9) 物権化した不動産賃借権
  - (10) 未登記不動産
    - ①妨害排除請求の相手方
    - ②二重譲渡
  - (11) 立木の二重譲渡
  - (12) 混同による消滅と復活
  - (13) 土地収用と農地買収
  - (14) 公物の供用開始
  - (15) その他の物権変動と第三者
  - (16) 民法 717 条の所有権の責任

#### IV おわりに

1. 整合構成と判例理論
2. 検討課題：不完全に排他的な物権が他者による対抗要件具備により消滅する根拠

以上、44 卷 1 号

### 〈概 要〉

本稿では、不動産の二重譲渡事案における登記具備前の不完全権「不完全に排他的な所有権」と、登記具備後の完全権「完全に排他的な所有権」との関係を中心に、最二小判昭 46・11・5 民集 25・8・1087（以下、最高裁昭和 46 年判例という）の明示する二重譲渡における権利変動過程に整合する法的構成を見出す。見出された整合構成に基づく権利変動過程は次のとおりである。すなわち、売主・第一買主間における第一売買により、特段の意思表示がないかぎり、ただちに不完全に排他的な所有権（不完全所有権）が第一買主に移転する。この物権変動は最高裁昭和 46 年判例、最三小判昭 33・10・14 民集 12・14・3111

(以下、最高裁昭和 33 年判例という) および最二小判昭 39・3・6 民集 18・3・437 (以下、最高裁昭和 39 年判例という) が承認する民法上の物権変動である。そして、その登記がなされない間は、売主も不完全に排他的な所有権 (不完全所有権) を有する。しかし、不完全な排他性ゆえに、第一買主は第一所有権を登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者たる第二買主に主張できない。当該不動産が売主から第二買主に二重に売却され、第二買主に対し所有権移転登記がなされたときは、第二買主は登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者であることはいうまでもないことであるから、登記の時に第二買主において、完全に排他的な所有権 (完全所有権) を取得するわけであるが、その所有権は、売主から第二買主に直接移転するものであり、売主からいったん第一買主に移転し、第一買主から第二買主に移転するものではなく、第一買主は当初からまったく完全に排他的な所有権 (完全所有権) を取得しなかったことになる。付け加えて説明するならば、最高裁昭和 33 年判例および最高裁昭和 39 年判例は、不完全な排他性であることを理由として、不完全所有権が重複移転することをも承認しているともいえ、そのことにつき理屈を付けるとすれば、第一所有権は観念的所有権であるゆえに、幾重にも重複譲渡が可能であり、また、観念的所有権であっても不完全な排他性以外は所有権の機能を完全に有するのであるから、妨害者に対し物権的請求権を行使できる。そして、第一買主は、第二買主の登記具備時に、排他性に抵触する範囲で、つまり、登記具備時に遡及して失権するのである。

そして、この整合構成の妥当性を他の物権変動事案および物権変動類似事案で確認した。

不動産の二重譲渡にあつてはさまざまな独自の見解が存するが、最高裁判例とは整合しない見解も多数存在する。本稿は、最高裁判断から離れて独自の見解を提示するのではなく、最高裁判断を尊重し、これと整合的な法的構成を見出す点が特徴であるといえよう。

## 〈本 文〉

### Ⅲ その他事案での確認

#### 1. 3判例による承認事項

ここでは、Ⅱで見出した最高裁昭和46年判例判決文と整合する構成（以下、整合構成という）の二重譲渡以外の事案における妥当性について検討する。

なお、整合構成は、最高裁昭和46年判例のみならず、結果的に最高裁昭和33年判例および最高裁昭和39年判例の判断をも踏襲したものとなった。言い換えれば、整合構成はこれら3判例によって承認されている構成であるといえる。

一方、最高裁昭和46年判例によって承認されている事項は、これまで示してきた①から④であるが、①から④までの所有権の帰属決定に至る権利の変動過程に最高裁昭和33年判例および最高裁昭和39年判例の判断が含まれているとの結論に至ったことによって、判例が導き出した承認事項は以下のとおりである。

承認事項Ⅰ 物権法定主義の制限下において、民法解釈上、二つの所有権を承認（不完全に排他的な所有権、完全に排他的な所有権）

承認事項Ⅱ 民法解釈上、物権変動として、二つの物権変動を承認（不完全に排他的な物権変動、完全に排他的な物権変動）

承認事項Ⅲ 不完全に排他的な所有権の重複移転を承認（不完全な排他性を理由とする）

以上の承認事項は二重譲渡のみに妥当するものではなく、物権変動に関する承認事項であることから、すべての物権変動に妥当するはずである。したがって、これら承認事項をすべて踏まえた整合構成もすべての物権変動に妥当するはずである。

たとえば、動産の物権変動のみならず、取消権者と取消後の第三者との関係等も物権変動類似の関係と捉えられており、ここにおいても整合性を有することになる。<sup>45)</sup>

## 2. 不完全に排他的な物権

登記具備のない物権の場合、3判例による承認事項ⅠからⅢによれば、その物権は不完全に排他的な物権である。この物権は排他性が不完全であるだけであり、それ以外については民法その他の法律が規定する内容を具備している。

この点については、判例で確認できる。

大判大12・7・23民集2・545および最三小判昭25・10・24民集4・10・488は、未登記抵当権の実行による競売手続を認めている。これら判例からすれば、他の未登記物権、すなわち、他の不完全に排他的な物権であっても有効に権利行使ができるということになろう。

また、最三小判昭25・12・19民集4・12・660<sup>46)</sup>は、家屋の未登記所有権者は、当該家屋の不法占拠者に対し、物権的請求権を行使して、明渡しを求めることができるとしており、このことは不完全に排他的な物権にあっても、物権的請求権の行使が可能であるということを意味する。

さらに、同一目的物上に両立しえない支配を目的とする不完全な排他性を有する物権は、複数成立しえる。しかし、対抗力がないために、物権の取得を相争う未登記の第三者に対して当該物権変動を主張しても、主張者が敗訴するとされている点も、不完全な排他性を有する物権の性質ということができよう。

## 3. 背信的悪意者との関係

背信的悪意者に該当する者は、不動産登記法5条1項および同条2項に該当する者のほか、判例によって積み重ねられている<sup>48)</sup>。Aが甲地をBとCに二重譲渡した場合において、Cが登記を具備しても背信的悪意者である場合は、Bは登記なくして当該所有権をCに主張することができる。ここに整合構成を適用して解釈するならば、BおよびCはともに登記を具備するまでは不完全に排他的な所有権を有するが、Cの登記具備により、Cは完全に排他的な所有権を取得するはずである。しかし、背信的悪意者であるがゆえに信義則上、民法177条の第三者の範囲から除外されることになる。つまり、Cも所有権を有するも、不完全に排他的な所有権を有するにすぎないBは、結果的に他に所有権を譲り受けた者がいないかのように当該所有権をCに主張できると<sup>49)</sup>いう、あたかも対抗力を有するかのようになるのである。

また、民法 177 条にいう第三者の範囲から除外されるとは、本来ならば C はその所有権につき対抗力を取得し、B に対し登記の欠缺を主張できるところ、それが制限される。それゆえ、B は登記なくしてその所有権を C に主張できることになることを意味する。しかし、そうであっても A C 間の譲渡自体は有効である<sup>50)</sup>とされているので、C はその主張を制限されるものの所有権を有しているということになる。その所有権の内容は、信義則により登記を具備していないかのように扱われることから、実質上、不完全に排他的な所有権ということになろう。

そのため、背信的悪意者でない D が C から当該不動産の譲渡を受け、登記を具備するまでは、D は不完全に排他的な所有権を有し、登記具備により完全に排他的な所有権を取得するのである。かくして B D 間にあっては相対的に所有権の帰属が決定されるかようになる。<sup>51)</sup>しかし、D からの譲受人 E と B との関係は、もはや相対的關係にはならない。なぜならば、D が完全に排他的な所有権を取得したことにより、B の不完全に排他的な所有権はすでに消滅しているからである。

また、背信的悪意者でない者から譲り受けた背信的悪意者の事案であるが、たとえば、甲地がその所有権者 A から B と C に二重に譲渡され、C が登記具備した後、D が C より甲地を譲り受けた事案にあっては、C は登記具備したことにより、甲地につき完全に排他的な所有権を取得することから、所有権は確定的に C に帰属する。そして、この時点で B の不完全に排他的な所有権は消滅し、対抗関係は終了する。その後、C の譲受人 D が背信的悪意者であっても、登記具備している以上、D は完全に排他的な所有権を取得するのである。したがって、この場合は絶対的構成を採ることになるのである。

なお、最一小判昭 44・1・16 民集 23・1・18 は、根抵当権設定者である代表者甲が、目的物の譲受人乙を代理して根抵当権者丙の根抵当権放棄の意思表示を受領した場合において、その被担保債権の債務者である協同組合の代表者丁が、甲とともに丙との交渉にあたり、その際当該意思表示がされた事実を知りながら、その後に丙から当該根抵当権を被担保債権とともに譲り受けたときは、丁は、特段の事情のないかぎり、背信的悪意者として、根抵当権の放棄による消滅についての登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に当たら

ないものと解するのが相当であるとした。この事案は物権の放棄についても背信的悪意者排除論の適用のあることを示すものであるが、他方、物権の放棄にあっても不完全な放棄と完全な放棄があり、抹消登記をしてはじめて完全な放棄になるとの法的構成を示すものでもある。<sup>52)</sup>

#### 4. 虚偽表示と二重譲渡

甲地がA B間の虚偽表示によって、B所有であるかの外観を有し、登記具備したBが、自身に登記があることを奇貨として、善意のCに転売した。その後、真の所有者であるAは甲地をDに譲渡した。この場合、C D間は二重譲渡の関係にあり、登記の前後によって所有権の帰属が決定される。すなわち、A B間の譲渡は民法 94 条 1 項によって無効であり、同条 2 項によっても有効になるわけではないことから、このときの所有者は登記具備のないAということになる。また、Bの有する登記は実体のない登記であり、無効な登記である。そして、Cは同条 2 項により、Aより直接、所有権を取得するのである。<sup>53)</sup>

つまり、CはAより直接に不完全に排他的な所有権を取得する。しかし、不完全な排他性ゆえに、Cは所有権を登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者たるDに主張できない。甲地がAからDに二重に売却され、Dに対し所有権移転登記がなされたときは、Dは登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者であることはいうまでもないことであるから、登記の時にDにおいて、完全に排他的な所有権を取得するわけであるが、その所有権は、AからDに直接移転するのであり、AからいったんCに移転し、CからDに移転するものではなく、Cは当初からまったく完全な所有権を取得しなかったことになるのである。

さらに、虚偽表示の相手方が二重に譲渡した事案、たとえば、A B間の虚偽表示によって登記具備しB所有のような外観を有している甲地を、Bが、CとDに二重に譲渡した場合、CとDは、ともに典型的な民法 94 条 2 項にいう第三者であり、善意であれば所有権を取得できる。しかし、両者が善意であった場合、C Dともに不完全に排他的な所有権を取得するから、対抗関係にあるといえ、登記の先後により所有権の帰属が確定する。Dが先に登記を具備した場合は、Dに完全に排他的な所有権が確定的に帰属する。このとき、所有権は権利



者であるAより直接Dに移転するのである。<sup>54)</sup>

なお、虚偽表示が無効でありながら、登記がBにあるとき、Bの登記は無効の登記であるが、Aも登記を有しないことから、完全に排他的な所有権を有する者は、CあるいはDが登記具備するまで存在しないということになる。

## 5. 動産物権変動

動産物権変動は、引渡が対抗要件であるから、これを登記と置き換えることになる。したがって、動産の売買契約により、不完全に排他的な所有権が買主に移転し、引渡により完全に排他的な所有権が移転する（承認事項ⅠⅡ）ということになる。そして、引渡がなされるまで売主は不完全所有権を幾重にも譲渡することができる（承認事項Ⅲ）はずである。

しかし、引渡には簡易の引渡、占有改定、指図による占有移転といった観念的な引渡が規定されており、上記事案のように売買契約と現実の引渡とが時間的にずれている場合、対抗要件は占有改定により売買契約時に具備されたものと捉えることができる。そうであるならば、完全に排他的な動産の所有権は契約時に買主に移転していることとなる。

よって、二重譲渡事案も次のように捉える場合が多いであろう。すなわち、第一買主が占有改定によって完全に排他的な動産の所有権取得後に、売主が当該動産の占有が自己にあることを奇貨として第二買主に譲渡した場合には、売主は無権利者であるから、第二買主が当該動産の所有権を取得することはできない。しかし、即時取得（民192）の要件を満たせば第二買主が完全に排他的な当該動産の所有権を取得することになるのである（この場合、所有権は第一買主から第二買主に直接移転することになろう）。この点は、第一買主が指図による占有移転によって所有権を取得する場合も同様である。<sup>55)</sup>

ここでは、意思表示と公示具備に時間的なずれがないことから整合構成の適用場面ではない。しかし、極めてまれな例ではあるが、第一売買で占有改定がなかったとすれば、整合構成が適用する場面も出てくることになる。<sup>56)</sup>

## 6. 取消・解除と第三者

### (1) 取消後の第三者<sup>57)</sup>

取消後の第三者との関係については、A B間の売買契約後、Aが詐欺を理由に当該売買契約を取消した後、Bが自己に登記があることを奇貨としてCに転売した事案で、大判昭17・9・30民集21・911が、売買契約の取消しにより土地所有権はAに復帰したことにより、所有権はBに移転しなかったものとなり、そして、取消しによる取消権者への所有権の復帰は物権変動であり、民法177条が適用されるとした。また、最二小判昭32・6・7民集11・6・999は、甲所有の不動産につき、いったん、国税滞納処分による公売に基づき落札者乙のため所有権取得登記がなされた後、当該公売を取消す処分がなされ、その登記がないときに、丙が乙から当該不動産を譲り受けた事案につき、公売取消しにより、甲に所有権が復帰した後、乙がさらに丙に譲渡したのは、民法177条の関係では、あたかも乙が甲と丙に対し、いわゆる二重譲渡をした場合と異なるところがないとし、二重譲渡類似事案であることを認め、前掲大判昭17・9・30と同様、民法177条の適用を認めた。<sup>58)</sup>

したがって、ここにも整合構成が適用されることになる。ただし、前掲大判昭17・9・30は、取消しによって、A B間の売買契約は当該契約時に遡及し無効とみなされるとし、さらに前述したとおり、当該売買契約の取消しにより、土地所有権はAに復帰し、はじめよりBに移転しなかったものとなるとの遡及的無効を前提としているにもかかわらず、Aが取消しにより所有権を取得するのはBからAへの復帰的所有権移転であるとしている点は矛盾であるとの指摘のなされるところであろう。<sup>59)</sup>しかし、復帰する時点が売買契約時に遡及するのであって、売買契約時と取消時との間には確かに時間的間隔が存するが、取消しの遡及的効果によりあたかも売買契約時の一時点に2つの法律行為がなされたかようになる。<sup>60)</sup>つまり、売買契約時という一時点にのみ着目すれば、当該時点で売買により所有権はAからBに移転し、同時に取消しによってBからAに復帰するというようにみえるのである。

さらに整合構成からいえば、C出現前にBが登記を有する場合、BからAへの、取消による復帰的所有権移転に登記が伴わない限り、不完全に排他的な所有権が移転するのであり、Bは、整合構成にいう、あたかも売主と同様の地位

にあるといえ、Bには、Aが登記を取得するのではないかぎり、遡及してAに復帰しないところの不完全に排他的な所有権が残される。以上より、Bには完全<sup>61)</sup>に排他的な所有権ははじめから移転しなかったように見えるのである。ここでは前掲大判昭17・9・30にいうところのBに移転しないものとされる「所有権」を完全所有権と捉えることになる。

上記の私見も踏まえ、権利変動過程を明示するならば次のようになる。すなわち、取消者をA、買主をB、転得者をCとし、A・B間の売買契約を第一売買（B・C間の売買契約は第二売買となる）とすれば、A・B間における売買契約の取消しにより、ただちに不完全に排他的な所有権（第一所有権：不完全所有権）が第一売買契約時に遡及（民121本）してAに復帰する（①）。そして、その登記がなされない間は、Bも（第一売買時に遡及してAに復帰しないところの）不完全に排他的な所有権（第二所有権：不完全所有権）を有する。しかし、不完全な排他性ゆえに、Aは第一所有権を登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者たるCに主張できない（②）。当該不動産がBからCに売却され、Cに対し所有権移転登記がなされたときは、Cは登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者であることはいうまでもないことであるから、登記の時にCは、完全に排他的な所有権（第三所有権：完全所有権）を取得するわけであるが、その所有権は、BからCに直接移転するものであり、BからいったんAに移転し、AからCに移転するものではなく（③）、Aは取消以後、まったく完全に排他的な所有権（第三所有権：完全所有権）を取得しなかったことになる（④）のである。ここでは、3判例による承認事項ⅠからⅢのすべてが妥当する。

一方、Aに登記がある場合、取消しによりBの有する不完全に排他的な所有権は遡及的復帰的にAに移転し、これによりBは無権利者となり、Cは無権利者Bから所有権を取得することはできなくなるのである。このときAは完全に排他的な所有権を取得していることになる。

なお、制限行為能力（民5、同9、同13Ⅳ、同17Ⅳ）、強迫（民96Ⅰ）を理由とする法律行為の取消しについても、取消後の第三者との関係については、取消しにおける法的構成を異にすべき理由はないから、詐欺の取消後の第三者の場合と同様、整合構成が適用され、同様の権利変動過程となる。<sup>62)</sup>

## (2) 取消前の第三者

一般的理解によれば、判例は、取消後の第三者との関係では遡及効を否定し、復帰的物権変動を肯定する構成により、取消前の第三者との関係では、遡及効を肯定し、第三者の権利取得は無権利者からの取得であって、よって、当該取得は無効であるとの構成を採っているとされている。<sup>63)</sup>

詐欺取消前の第三者との関係では、前掲大判昭 17・9・30 が、傍論ではあるが、民法 96 条 3 項における善意の第三者とは、取消しの遡及効を制限する趣旨であるから、遡及効によって影響を受くべき第三者、すなわち取消前の第三者であると断じている。<sup>64)</sup>これに対し、取消後の第三者は、取消しによる遡及的復帰的物権変動によって、A に所有権が移転するといった権利関係創出後における第三者であって、何ら取消しの遡及効の影響を受ける者ではない。

本稿においても、判例の判断に沿うべく、取消前の第三者については取消の遡及効による無権利の法理を適用し、取消時を基準とする二元的構成を採るものとする。<sup>65)</sup>

A B 間の売買契約後、B がただちに C に転売し、その後、A が詐欺を理由に当該売買契約を取消した事案の場合、第三者 C が善意の場合、前掲大判昭 17・9・30 によれば、民法 96 条 3 項の効果によって取消しの遡及効が制限される結果、売買契約時に遡及して A に所有権が復帰することではなく、よって B も無権限者とはならず、B より取得した所有権はそのまま有効に C によって所持されることになるのである。

このとき登記が B にある場合、B の有する不完全に排他的な所有権は A による取消しの意思表示により、信義則上、消滅する。<sup>66)</sup>また、A に登記がある場合、不完全に排他的な所有権が C に移転したとしても、A にはいまだ不完全に排他的な所有権があり、それを他に譲渡しえるのである。したがって、善意の第三者 C が完全に排他的な所有権を取得するためには登記具備が必要となる。

他方、C が悪意の場合は、A が所有権者となるが、このとき、A 以外の者の有する登記は、無権利者の有する登記となる。

なお、制限行為能力、強迫を理由とする法律行為の取消しについては、A が常に所有権者ということになるが、その所有権はやはり登記を得てはじめて完全に排他的な所有権となるのである。ただし、A に登記具備がなくとも、その

譲受人及び転得者はいずれも取消しの遡及効による無権利の法理によって無権利者となっているのであるから、民法 94 条 2 項の類推適用のなされる場合でないかぎり、A の所有権が脅かされることはほとんどないものと思われる。

### (3) 解除後の第三者

法定解除後の第三者との関係については、大判明 42・10・22 刑録 1433、大判昭 14・7・7 民集 18・748 が、A B 間の不動産売買契約を B の債務不履行等ゆえに A が解除した後、登記が自己にあることを奇貨として B が C に転売した事案において、法定解除により B から A への所有権復帰は物権変動であり、民法 177 条が適用になるとし、さらに最三小判昭 35・11・29 民集 14・13・2869 はこれら判例を引用する形で、B が C に転売したことにより、当該不動産は B から A、B から C への二重譲渡類似の事案になるものとして、追認している。すなわち、「(1) 取消後の第三者」と同様の法律状態を承認していることから、ここにも整合構成が適用され、(1) と同様の所有権の帰属決定に至る権利の変動過程となるのである。

### (4) 解除前の第三者

解除前の第三者との関係における法的構成を詳細に明示する最一小判昭 33・6・14 民集 12・9・1449 は、<sup>67)</sup>法定解除の遡及効を認め、民法 545 条 1 項但書でいうところの第三者とは遡及効の影響を受ける解除前の第三者であるものと捉えていることが、前掲最三小判昭 35・11・29 との対比でわかるであろう。しかし、取消前の第三者との関係は、取消しの遡及効を前提とした中間者 B の無権利、これを要因として第三者 C の有する権利を無効とする構成となっているのに対し、前掲最一小判昭 33・6・14 は、第三者は民法 177 条にいうところの第三者であり、復帰の物権変動により所有権を取得した A と第三者 C への譲渡は二重譲渡であるとしている。したがって、登記具備の先後によって判断されることになる。また、民法 545 条 1 項但書の適用にあつて、判例上、取消し<sup>68) 69)</sup>における善意の第三者の場合のように遡及効は制限されていない。

しかし、解除の法的効果は取消しと同様であると解されるから、同じ法的構成になるはずである。そして、第三者に関しては、判例が明示するものではない<sup>70)</sup>

いが、遡及効を制限してその保護を図ることになろう。<sup>71)</sup>

そうであるならば、第三者の取得すべき登記を前掲最三小判昭 58・7・5 が明確に「対抗要件としての登記」と明示するも、その実体は「権利資格保護要件の登記」であると捉えることができるものと思われる。<sup>72)</sup> その理由として次のものが挙げられる。すなわち、①解除されても、C に転売されていながら、解除後も登記をA が有する事案（前掲最一小判昭 33・6・14、前掲最三小判昭 58・7・5）、C が占有し、登記を有するも解除によりA に所有権が復帰する事案、C がB より購入し占有するも、解除によりA に所有権が復帰し、B がいまだ登記を有する事案、等いずれもA B C 間の個別事情を考慮せず客観的にみれば、これら事案は二重譲渡されたかの様相を呈しているが、どの事案にあっても登記具備が第三者の保護される要件であると捉えたとしても、十分に妥当しえること、②登記を「権利資格保護要件の登記」とするも、その根拠条文を欠くことから、やむなく根拠条文として民法 177 条あるいは同法 178 条を示す必要があった、③前掲最一小判昭 33・6・14 および前掲最三小判昭 58・7・5 事案はいずれもA がすでに登記を有しており、前掲大判昭 13・10・24 はC（国）が刑事事件で金塊を押収・没収して対抗要件を有している事案であって、解除者が<sup>73)</sup>未登記のまま所有権を主張しえるとする「権利資格保護要件の登記」の性質を示す事案およびその判決ではないが、当該性質がこれら事案等によって否定されているものでもない。④前掲大判大 10・5・17 民録 27・929 は、第三者C が占有を取得するものでない限り、A に対抗できないと明示しており、A の対抗要件の具備を問題としていない。この点は第三者が取得すべき登記が「権利資格保護要件の登記」であることを示しているものといえる。

以上の理由により、判例の示す第三者が取得すべき登記を「権利資格保護要件の登記」とみることは可能であると思われる。そして、権利変動過程は取消前の第三者の場合と同様、解除の遡及効による無権利の法理の適用と第三者保護のための遡及効の制限が課されることになる。

第三者C が登記を具備する場合、権利資格保護要件を満たすだけでなく、当該第三者は完全に排他的な所有権を有していることになるのである。



## 7. 時効完成と第三者

### (1) 時効完成後の第三者

時効完成後の第三者との関係については、大連判大14・7・8民集4・412が、二重譲渡類似事案であるとし、最一小判昭33・8・28民集12・12・1936は前掲大連判大14・7・8を引用し、時効完成後、対象不動産を旧所有権者から取得し登記を経た第三者に対して、その善意の有無を問わず、時効による所有権の取得を対抗できないとし、さらに最二小判昭48・10・5民集27・9・1110は、時効完成後の第三者を民法177条の第三者にあたるものと解していることから、時効完成後の第三者との関係についても整合構成が適用されることになる。

したがって、Aを時効取得者、Bを前所有権者、Cを第三者とした場合、Aの時効取得により、ただちに不完全に排他的な所有権（第一所有権：不完全所有権）が占有開始時に遡及（民144）してBからAに移転する（①）。そして、その登記がなされない間は、Bも不完全に排他的な所有権（第二所有権：不完全所有権）を有する。しかし、不完全な排他性ゆえに、Aは第一所有権を登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者たるCに主張できない（②）。当該不動産がBからCに売却され、Cに対し所有権移転登記がなされたときは、Cは登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者であることはいうまでもないことであるから、登記の時にCにおいて、完全に排他的な所有権（第三所有権：完全所有権）を取得するわけであるが、その所有権は、BからCに直接移転するのであり、BからいったんAに移転し、AからCに移転するものではなく（③）、Aは時効取得時からまったく完全に排他的な所有権（第三所有権：完全所有権）を取得しなかったことになる（④）のである。ここでも、3判例による承認事項ⅠからⅢのすべてが妥当する。

### (2) 時効完成前の第三者

時効完成によって権利を取得するが、それは原始取得である。しかし取得時効完成当時の土地の所有権者およびその転得者は、当該土地所有権の得喪のい  
わば当事者の立場に立つことから、時効取得者は登記なくして当該所有権を時  
効完成前の第三者に対抗することができる。これは次のように説明できる。す

なわち、時効取得者をA、土地所有権者をB、Bからの転得者をCとすれば、時効完成により、Aは不完全に排他的な所有権を取得するが、登記なくして当該所有権をCに主張できる。なぜならばA C間はいわば当事者の関係に立つからである。しかし、時効完成後においてCはAが登記を具備するまでは不完全に排他的な所有権を有しているから、第三者に当該所有権を譲渡することができる。

なお、Cが時効完成前にBより所有権を取得するも、登記具備は時効完成後である事案にあっても、A Cは当事者の関係に立つことから、たとえCが時効完成後に登記を具備したとしても当該所有権をAに主張できない。これに対し、Aは時効取得した所有権を登記なくしてCに主張できるのである。<sup>75)</sup>

## 8. 遺産分割と第三者<sup>76)</sup>

### (1) 遺産分割後の第三者

遺産分割後の第三者との関係については、最三小判昭46・1・26民集25・1・90が、遺産分割は相続人が相続によりいったん取得した権利につき分割時に新たな物権変動を生ずると実質上同じであるとし、遺産分割による得喪変更については、民法177条が適用される物権変動であるとし、その旨の登記を経なければ、分割後に当該不動産につき権利を取得した第三者に対し、自己の権利の取得を対抗できないものと解するのが相当であるとした。したがって、遺産分割取得者と分割後の第三者との関係は二重譲渡類似の関係ということになる。

よって、ここでも整合構成が適用される。すなわち、遺産分割協議の結果、甲不動産はAの単独所有とされたが、Aがその登記をしないうちに、共同相続人であるBが相続登記をしてその持分をCに譲渡した場合につき、遺産分割協議によりただちに甲不動産におけるBの不完全に排他的な所有持分（第一所有権：不完全所有権）が相続時に遡及（民909本）してAに移転する（①）。そして、その登記がなされない間は、Bも不完全に排他的な所有持分（第二所有権：不完全所有権）を有する。しかし、不完全な排他性ゆえに、Aは第一所有権を登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者たるCに主張できない（②）。当該不動産のB持分がBからCに売却され、Cに対し所有持分移転登記がなされたときは、Cは登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三



者であることはいうまでもないことであるから、登記の時にCにおいて、完全に排他的な所有持分（第三所有権：完全所有権）を取得するわけであるが、その所有持分は、BからCに直接移転するのであり、BからいったんAに移転し、AからCに移転するものではなく（③）、Aは遺産分割時からまったく完全に排他的な所有持分（第三所有権：完全所有権）を取得しなかったことになる（④）。もちろん、ここでも、3判例による承認事項ⅠからⅢのすべてが妥当する。

## （2）遺産分割前の第三者

遺産分割の効力は相続開始時に遡及する（民909本）が、第三者の権利を害することはできない（民909但）。遺産分割と分割前の第三者（持分取得者）との関係につき、判例はまだないものの、通説は、第三者が保護されるためには、目的物が不動産の場合は登記を具備することが必要であるとする<sup>77)</sup>。通説を適用した場合、当該第三者の具備しなければならない登記は「6（4）解除前の第三者」と同様、「権利資格保護要件の登記」ということになる。なぜならば、遺産分割の効果は遡及するものの、第三者を保護するためには当該遡及効を制限せざるをえない。この点は「取消前の第三者」「解除前の第三者」と同じである。この場合、遺産分割による取得者と第三者とは対抗関係には立たない。それにもかかわらず第三者を保護するのであるから、第三者の具備する登記は対抗要件の登記ではないということになる。そうであるならば、それは「権利資格保護要件の登記」であり、両者は同じ構成となる。

## 9. 制限物権

### （1）制限物権と整合構成

制限物権も登記等によって対抗力を取得するものについては整合構成が妥当する。すなわち、未登記の場合にはそれは不完全に排他的な権利であり、登記等によって完全に排他的な権利となる<sup>79)</sup>。

一方、公示制度の適用のない物権は、公示なくとも完全に排他的な物権であり、公示が効力要件である物権にあつては、公示により効力発生とともに完全に排他的な物権となることから、いずれも不完全権は観念されないのである。<sup>80)</sup>

しかし、近時、通行地役権につき、登記なくとも当該権利を第三者に主張し

える場合が判例によって承認されている<sup>81)</sup>。このことは登記具備により完全に排他的な物権を取得とする判例に反するし、通行地役権等については、整合構成が妥当しないということになるう。

以下、これら判例と整合構成との関係につき検討する。

## (2) 未登記通行地役権と有過失者の民法 177 条における第三者からの除外

地役権も登記により第三者対抗力を有することになること<sup>82)</sup>から、整合構成が妥当するはずである。したがって、未登記通行地役権は不完全に排他的な権利であるはずであり、そうであるならば、承役地所有権の特定承継人に対し、地役権者は未登記通行地役権を対抗できない。

これに対し、前掲最二小判平 10・2・13 は、承役地の譲渡時に、①承役地が要役地の所有権者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり（客観要件）、かつ、②譲受人がそのことを認識していたか、または認識することが可能であったとき（主観要件）は、譲受人は、通行地役権が設定されていることにつき善意であっても、特段の事情がないかぎり、地役権設定登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者にあたらないと解するのが相当であるとする<sup>83) 84)</sup>。つまり、承役地譲受人は通行地役権の設定につき善意かつ有過失であっても、通行地役権を主張されてしまうということになる<sup>85)</sup>。当該判例は、承役地の譲渡時に①および②要件を満たす承役地譲受人は民法 177 条にいう第三者に該当しないとの判断であって、未登記通行地役権が不完全に排他的な物権であることを否定するものではない。これは、民法 177 条にいう第三者から排除されるべき、信義則に照らして登記の欠缺を主張することを許すべきでない者につき、背信的悪意者以外の新類型を判断したものとされている<sup>86)</sup>。

この事案は本件係争地を要役地たる袋地の通路部分とするものである。袋地の通行地役権の事案は、公道から当該袋地に向かって通路が設置されている場合には、現地調査によって容易に当該袋地利用者による継続使用を認識できるものであり、①要件を満たせば当然に②要件も満たすという関係にあるものといえる<sup>87)</sup>。この点からすれば、平成 10 年 2 月判例は、事実上、未登記通行地役権につき、対抗力を与えたということができるとの評価もありえよう。しかし、

上記両要件充足の判断時はあくまでも承役地の譲渡時であり、移転登記時ではないことから、対抗力を与えたという評価がなされても、対抗要件具備の先後で判断がなされるべき対抗関係における対抗力の付与ということでは当然ない。要件の判断時を譲渡時としたのは、不動産譲渡時に現地調査をかならず行うものであることを前提とし、また、争点である権利が通行地役権であることから、認識を伴う要件とする必要性があったからだと思われる。登記をするだけであればかならずしも現地調査を伴わないからである。要件認識を承役地の所有権移転登記時とすることができないことから、登記の前後での通行地役権の存否という対抗関係を採ることができず、承役地の譲受人を民法 177 条の第三者から除外することとしたものと思われる。

これに対し、眺望・日照地役権の場合は、承役地に高さ制限等がなされるのみであり、現地調査によっても容易に判断ができない場合が多いであろう。ここに通行地役権事案につき、善意かつ有過失者を民法 177 条の第三者から除外できる理由の一つがある。また、民法の囲繞地通行権（民 210）は袋地の十分な土地利用のために規定されており、<sup>88)</sup>袋地の未登記所有権者が囲繞地通行権を主張できるとした判例もあるように、これらは通行権、特に袋地の通行権の保護が重要であることを示している。<sup>89)</sup>

しかし、背信的悪意者排除論を採用しなかった理由として、所有権の二重譲渡など食うか食われるかの関係にあつては、登記がなければ対抗できないという原則の例外を認めるにはよほどの事情のあることが要求されるが、不動産の制限物権を有する者が当該不動産の所有権を承継した第三者に対して制限物権を対抗しようとするような場合には、両者の権利は両立するから信義則ないし条理に照らしてその第三者に制限物権の負担を甘受させるべきかどうかを利益衡量し、これによって対抗力の有無を決するとしても不当ではないとする見解が主張されている。<sup>90)</sup>この見解によれば、通行地役権のみならず、これと同様の保護を要する権利につき、前掲最二小判平 10・2・13 の判断基準が適用されることになる。<sup>91)92)</sup>

なお、最二小判平 10・12・18 民集 52・9・1975 は、通行地役権の承役地の譲受人が地役権設定登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者にあたらない場合には、地役権者は、譲受人に対し、同権利に基づいて当初の

設定当時の日付における地役権設定登記手続を請求できるとした。登記なくして通行地役権を対抗できるにとどまるだけということになると、承役地の譲渡がなされる都度、承役地譲受人との間で通行地役権の存否をめぐる争いがなされるといった不合理が存在し続けることになり、これを防止する実質的利益も当該判決が見出したものといえる。<sup>93)</sup>

### (3) 法定地上権

法定地上権については、抵当権実行までに土地ないし建物の譲渡がなかった場合は、建物抵当型にあっては建物買受人が抵当権設定時の土地所有権者に対して、また、土地抵当型では、抵当権設定時の建物所有権者が土地買受人に対して、それぞれ法定地上権を取得する。このときの、法定地上権者と地上権負担者は法定地上権成立に関する「当事者」の関係にあり、抵当権実行までに土地と建物が別異の所有権者に属するに至った場合にも、所有権者と買受人は法定地上権成立に関する「当事者」の関係にある。したがって、土地抵当権設定後の建物譲受人と土地買受人との間（大判昭7・10・21民集11・2177）、および、建物抵当権設定後の土地譲受人と建物買受人との間（大判昭8・3・27新聞3543・11）<sup>94)</sup>では、法定地上権取得を主張するのに登記を要しない。

これに対し、土地抵当権実行後の法定地上権付き建物の譲受人と土地買受人との関係につき、大判昭12・6・5民集16・760は、土地抵当型で、抵当権実行による土地買受人に対し、法定地上権者から建物と当該法定地上権の贈与を受けた者は登記なくして当該法定地上権を対抗できるとした。買受人は、法定地上権の負担義務者であり、当初からの当事者であることから、たとえば法定地上権が贈与され、それが未登記であっても、受贈者は法定地上権者たる地位の承継人であることに相違なく、当該法定地上権の負担はない旨主張すべき立場にないものといえる。当該受贈者が不完全に排他的な法定地上権者であっても買受人との関係は「当事者」の関係であるから、登記なくして当該法定地上権を買受人に主張できるのである。

最二小判昭44・4・18裁判集民95・157は、土地抵当権実行競落後に建物および法定地上権の譲渡があり、対抗要件が具備された場合は、当該法定地上権の取得につき、買受人に対抗できるとするが、前掲大判昭12・6・5と同様の

理由（譲受人と買受人は「当事者」の関係にある）で、たとえ、登記がなくとも譲受人は買受人に対し、当該法定地上権を主張できると解すべきものと思われる。なお、登記具備により、法定地上権は完全に排他的な権利になる。

一方、最三小判昭 63・1・26 裁判集民 153・323 は、「地上権及びその対抗要件の性質にかんがみると」として、法定地上権成立後、敷地が転々譲渡された後、当該法定地上権につき対抗要件が具備された場合には、その後に当該敷地を譲り受けた者に対し、当該法定地上権を対抗できるとする。そして、当該法定地上権が対抗要件を具備する前においては、敷地所有権者から建物取去・土地明渡請求がなされない限り、確定的に覆滅されるのではなく、存続し続けるとする。つまり、法定地上権も地上権であるから、その性質上、土地所有権と両立し得るのであり、成立した法定地上権の譲受人が、土地の新所有者との関係で、当該法定地上権を対抗できなかつたとしても、その時点で法定地上権の存否が判断されるのではなく、その後、地上権の存在が容認され続けている以上、当該法定地上権は存続し続けるのである。ただし、このとき整合構成からいえば、当該法定地上権は不完全に排他的な物権である。また、対抗関係に関しては、土地利用を相争う転々譲渡された新たな土地の譲受人との間でのみ成立し、その存否は対抗要件の先後で決定されることになる。このとき、対抗力を有することになった法定地上権は、完全に排他的な物権ということになる。

なお、上記における法定地上権の対抗関係については、地役権等他の用益物権についても妥当することになるう。

## 10. 不動産賃借権と物権化

対抗要件を具備した不動産賃借権は物権化するとされ、さまざまな物権的効力を取得する。たとえば、売買は賃貸借を破るとする原則に対し、対抗要件を具備すれば以後の物権取得者に対抗でき（民 605、借借 10 I、同法 31 I）、売買は不動産賃貸借を破らないこととなる<sup>95)</sup>。さらに、不動産賃借権は対抗要件を取得することにより、完全に排他性を取得する（民 605、借借 10 I、同法 31 I）。したがって、不動産賃借権が競合する場合には、対抗要件を先に具備した者が優先する。

一方、対抗要件を具備しないかぎり、賃借権というだけで物権的請求権（妨

害排除請求権)を有するものではなく、<sup>96)</sup>対抗要件を具備してはじめてそれを行  
使できるとするのが判例の一貫した考え方である。<sup>97)</sup>

この判例の考え方からすれば、不動産賃借権はあくまでも債権であることから、<sup>98)</sup>対抗要件を具備しなければ排他性を取得することはあり得ず、したがって、  
整合構成にみる不完全権(不完全に排他的な権利)は不動産賃借権には存在し  
えず、対抗要件の具備と同時に完全に排他性を取得するのである。よって、整  
合構成は不動産賃借権には適合しないし、同時に、3判例による承認事項Ⅰ、  
Ⅱ、Ⅲのいずれも不動産賃借権には妥当しないということになる。

このことは、排他性につき、債権と物権との区分を判例が厳格に維持してい  
ることを示しているものといえる。<sup>99)</sup>しかし、これら以外については対抗要件な  
くとも一定の物権的効力を認容する。<sup>100)</sup>その事実上、不動産賃借権は、物権、特  
に用益物権と類似の性質を一定程度認められているということを示している。

## 11. 未登記不動産

### (1) 妨害排除請求の相手方

#### ①最三小判6・2・8民集48・2・373と従来の判例

甲所有地上に何ら占有権原を有しない者が無断で建てた建物の所有権を取得  
し、その旨の登記を経由した乙が、当該建物を丙に譲渡したものの、引続き当  
該登記を保有する場合、<sup>101)</sup>甲による当該建物に関する妨害排除請求の相手方につ  
き、最三小判6・2・8民集48・2・373(以下、最判平成6年判決という)は、  
乙は甲に対し、建物所有権の喪失を主張して建物取去・土地明渡しの義務を免  
れることはできないとし、「実質的所有権者責任説」に立っていた従来の判例を  
変更し、<sup>102)</sup>甲は乙丙いずれを相手方として請求してもよいとする「登記名義人責  
任説」<sup>103)</sup>を採用することを明らかにした。

従来の判例は、大審院にあっては、大判大6・10・22民録23・1674、大判大  
9・2・25民録26・152、大判大13・12・2民集17・2269、大判昭14・12・26  
判決全集7・3・20はいずれも丙が相手方であるとして、実質的所有権者責任  
説を採用しており、<sup>104)</sup>最高裁にあっては、前掲最二小判昭35・6・17が、仮処分申  
請に基づき、裁判所の囑託により家屋所有権保登存記がなされている場合であっ  
ても、仮処分前に家屋を未登記のまま第三者に譲渡しその敷地を占拠していな



い保存登記名義人に対し、敷地所有者から敷地不法占有を理由として家屋収去請求をすることは許されないとし、前掲最一小判昭47・12・7は、建物の登記簿上の所有名義人にすぎない者は、たとえ、所有者との合意により名義人になった場合でも建物の敷地所有者に対して建物収去義務を負わないと解すべきであるとして実質的所有権者責任説を採っているかにみえる。

その後、前掲最一小判昭49・10・24、最二小判昭52・12・23判時881・105が、前掲最二小判昭35・6・17を傍論的に引用し、現実建物に建物所有することによってその土地を占拠し、土地の所有権を侵害している者を被告としなければならないとしている。しかし、これらは、直接の争点が請求異議の訴えの原告適格いかんに関するものであつて、これら判決が実質的所有権者責任説を採用した点はその理由付けにすぎず、判例としての拘束力はないものと捉えることができる<sup>105)</sup>。

## ②最判平成6年判決の判断

最判平成6年判決は、土地所有権に基づく物上請求権を行使して建物収去・土地明渡しを請求するには、「現実建物に建物所有することによってその土地を占拠し、土地所有権を侵害している者」を相手方とすべきであるとして、従来の判例が採ってきたとされる実質的所有権者責任説の基本命題を述べた上で、次の二つの事案を例示挙げる。ひとつは、前掲最二小判昭35・6・17の事案およびその判断である。すなわち、「未登記建物の所有者が未登記のままこれを第三者に譲渡した場合には、これにより確定的に所有権を失うことになるから、その後、その意思に基づかずに譲渡人名義に所有権取得の登記がされても、右譲渡人は、土地所有者による建物収去・土地明渡しの請求につき、建物の所有権の喪失により土地を占有していないことを主張することができるものというべきであり」、もう一つは前掲最一小判昭47・12・7のそれである。すなわち、「建物の所有名義人が実際には建物所有したことがなく、単に自己名義の所有権取得の登記を有するにすぎない場合も、土地所有者に対し、建物収去・土地明渡しの義務を負わないものというべき」である。これらはいずれも建物譲渡人が自らの意思に基づいて所有権取得の登記を経由したわけではない。

前掲最二小判昭35・6・17の事案は、土地所有者甲の仮処分申請に基づき、

裁判所の嘱託により乙名義での建物所有権保存登記がなされたものであり、所有権取得の登記を得るといった乙の意思は全く存在しない。前掲最一小判昭47・12・7においても、所有権を何ら有しない者が所有権者との合意により所有権取得登記をしたものであって、取得した登記は、無権利者の取得した登記であり、実体法上無効の登記である。

このように、最判平成6年判決は、上記基本命題に該当する事案は、「他人の土地上の建物の所有権を取得した者」が「自らの意思に基づいて所有権取得の登記を経由した」場合以外の場合であるとし、その代表事案が前掲最二小判昭35・6・17事案と前掲最一小判昭47・12・7事案なのである。基本命題が原則で最判平成6年判決が例外ということになるのであろうか。

そして、他人の土地上の建物の所有権を取得した者が自らの意思に基づいて所有権取得の登記を経由した場合には、「たとい建物を他に譲渡したとしても、引き続き右登記名義を保有する限り、土地所有者に対し、右譲渡による建物所有権の喪失を主張して建物収去・土地明渡しの義務を免れることはできないものと解するのが相当である。」とする。その理論的理由として、土地所有者甲が地上建物の譲渡による所有権の喪失を否定し、乙は所有権の喪失を主張するといった所有権の帰属を争う点で、この関係は「あたかも建物についての物権変動における対抗関係にも似た関係」であり、建物所有権者（乙）は、「自らの意思に基づいて自己所有の登記を経由し、これを保有する以上、右土地所有者との関係においては、建物所有権の喪失を主張できないというべきである」とする。この理屈は乙が建物所有権を丙に譲渡したもののなお所有権者であるということの意味し、整合構成に適合的であるといえる。

さらに、他人の土地上の建物の所有権を取得した者が自らの意思に基づいて所有権取得の登記を経由した事案においては、上記理論を補強するために次の実質的理由が挙げられている。すなわち、「もし、これを、登記に関わりなく建物の「実質的所有者」をもって建物収去・土地明渡しの義務者を決すべきものとするならば、土地所有者は、その探求の困難を強いられることになり、また、相手方において、たやすく建物の所有権の移転を主張して明渡しの義務を免れることが可能になるという不合理を生ずるおそれがある。」「建物所有者が真実その所有権を他に譲渡したのであれば、その旨の登記を行うことは通常はさほ



ど困難なこととはいえ、不動産取引に関する社会の慣行にも合致するから、登記を自己名義にしておきながら自らの所有権の喪失を主張し、その建物の除去義務を否定することは、信義にもとり、公平の見地に照らして許されない」のである。もちろん、これら実質的理由は前掲最二小判昭35・6・17事案および前掲最一小判昭47・12・7事案にもあてはまるものであることから、この理論を補強する上においてそれほどの意味をなすものではないといえよう。

ただし、前掲大判大13・12・2をはじめとする大審院判例は建物所有権の譲渡をした登記名義人は所有権を喪失し敷地を不法に占有する者ではないと明確に判断し、実質的所有権者責任説の立場に立っていることから、最判平成6年判決はこれら大審院の判例を変更したものといえ<sup>107)</sup>、他人の土地上の建物の所有権を取得した者が自らの意思に基づいて所有権取得の登記を経由した場合（移転登記未了型）とそうでない前掲最二小判昭35・6・17事案（未登記譲渡型）および前掲最一小判昭47・12・7事案（仮想名義型）等の相手方の基準を変える三類型的捉え方をしているものといえる。<sup>108)</sup>

### ③整合構成との関係

整合構成は、譲渡人も譲受人に登記を移転するまでは不完全に排他的な所有権を有しているとの構成であり、譲渡人である登記名義人を建物所有権者であるとして妨害排除請求の相手方とする最判平成6年判決の判断は整合構成に適合的であるのみならず、譲渡人である登記名義人は「現実に建物を所有することによってその土地を占拠し、土地所有権を侵害している者」にも該当する<sup>109)</sup>のであるから、この場合も実質的所有権者に責任を負わせているものといえることができる。

建物の場合には、土地のようにかならず登記が存在するものではなく、未登記状態で存在するケースが多いのが現状である。建物が未登記状態のまま譲渡された場合でも譲渡人および譲受人ともに不完全に排他的な所有権を有する。最判平成6年判決がいう「未登記建物の所有者が未登記のままこれを第三者に譲渡した場合には、これにより確定的に所有権を失う」とは、譲受人が登記なくして譲渡人に対し所有権の取得を主張でき、譲渡人は譲受人に対し所有権を主張できない当事者の関係を明記したものということになろう。<sup>110)</sup>

そして、未登記建物が乙から丙、丙から丁へと譲渡された場合でも、最終的に丁に所有権移転登記あるいは保存登記がなされないかぎり、乙、丙、丁ともに不完全に排他的な所有権を有することになり、いずれもが建物取去の相手方となりえるはずである。しかし、意思表示による所有権の移転により、つまり不完全に排他的な所有権の移転とともに不法占拋物の取去義務も移転してしまうのである。したがって、建物取去義務は最終の所有権者である丁のみが負担することになる。乙、丙、丁の関係でいえば、丙は乙の取去義務を引受け、丁は丙の取去義務を引受けるという免責的債務引受が明示もしくは黙示になされるのである。また、それが乙、丙、丁間で推測される意思であろう。それというのも、土地所有権者と建物所有権者が異なる場合、土地の利用権が地上権、賃借権、その他何であろうと、土地の使用収益権の終了にあたり建物の取去義務を負うのは、通常、当該時点での建物所有権者だからである。<sup>111)</sup>

これに対し、最判平成6年判決は、「他人の土地上の建物の所有権を取得した者」が「自らの意思に基づいて所有権取得の登記を経由」した場合、その者も取去の相手方となるとしていることから、登記の取得に所有権の内容たる義務の一つである不法占拋物の取去義務を負担する旨の意思表示を擬制させ、一度登記された以上は、所有権者ではない、つまり取去義務を負担しないことを、<sup>112)</sup>（厳密な意味で物的支配を相争う対抗関係ではなく、民法177条の類推適用も必ずしも肯定できないが、）土地所有権者甲に主張することはできなくなるのである。<sup>113)</sup>ここでの登記は自ら取去義務を負担する意思表示のメルクマールになっており、一度そのように登記がなされた以上、第三者から取去請求がなされた場合には拒否することができない。登記の機能として対抗要件の登記と権利保護資格要件の登記があるように、ここでの登記は権利保護資格要件の登記に類する機能ではあるが、権利保護とは表裏の関係にある義務負担要件の登記といえよう。<sup>114)</sup>

以上より、嘱託登記により譲渡人名義に所有権取得登記がなされても（前掲最二小判昭35・6・17）、それは譲渡人の意思に基づいて登記を取得したものであるから、当該譲渡人は不法占拋物の取去義務を負担しないのである。<sup>115)</sup>

#### ④その他の事案と整合構成

##### — 未登記建物の二重譲渡 —

未登記建物であっても譲渡人は二重に譲渡することが可能である。<sup>116)</sup>たとえば、乙が未登記建物を丙と丁に譲渡した場合、不法占拋物の取去義務は丙と丁にある。丙と丁の関係は登記を得るまで相互に所有権を主張できない関係にあるが、いずれも不完全に排他的な所有権者であり、不法占拋物の取去義務を負担することから、土地所有権者甲から当該建物の取去請求がなされた場合、それを拒否することはできない。丙と丁の取去義務は不真正連帯の関係にあるといえよう。

##### — 既登記建物の二重譲渡（両譲受人が未登記の場合） —

譲渡人乙は登記を有していることから、丙・丁とともに不法占拋物の取去義務を負担する。つまり、乙は不法占拋物の取去義務を負担する意思を有しているとみられ、土地所有権者甲からの取去請求を拒否することはできない。

もちろん、その後、丁が所有権移転登記を取得した場合は、丁は完全に排他的な所有権者であるから、丁のみが不法占拋物の取去義務を負担することになる。

##### — 譲渡人名義での嘱託登記と譲受人の登記取得 —

乙の所有権保存登記が甲における仮処分決定に基づく裁判所の嘱託によりなされた場合、当該登記には乙の意思は反映されておらず、乙は甲に対し不法占拋物の取去義務を負担しないし、甲も乙に対し不法占拋物の取去を請求できない。ここで、丙が乙より所有権移転登記を得た場合は、丙は最判平成6年判決にいう「自らの意思に基づいて所有権取得の登記を経由した」ことになるから、<sup>117)</sup>丙は不法占拋物の取去義務を負担する。

さらに、乙から丙および丁に二重に譲渡されており、嘱託で乙名義に所有権保存登記がなされた場合、不法占拋物の取去義務を負担するのは丙と丁であり、その後、丁が乙より所有権移転登記を取得した場合は、丁が完全に排他的な所有権を有することになるから、丁のみが当該義務を負担することになる。

## (2) 新築建物

新築建物が未登記の場合も、当該所有権は不完全に排他的な所有権であるものの、当該建物を新築して自ら所有権者となった場合、当該所有権者以外の者からの処分もありえないから<sup>118)</sup>、結果的に、完全に排他的な所有権であるかのように、当該所有権者は登記がなくてもすべての者に対し当該所有権を主張できることになるのである。

なお、建築請負契約における建物所有権は完成時に請負人に帰属するものと解する場合、引渡しによって所有権が請負人から注文者に移転するが、それは物権変動の問題として処理することになろう<sup>119)</sup>。

## 12. 立木の二重譲渡

立木に関する法律の適用を受けない立木については、土地に成立したまま立木だけを買収した者は、その所有権取得につき明認方法を施さなければ、これをもって第三者に対抗できないとされている<sup>120)</sup>。

この場合にももちろん整合構成は妥当する。すなわち、売主・第一買主間における第一売買により、特段の意思表示がないかぎり、ただちに不完全に排他的な立木所有権（第一所有権：不完全所有権）が第一買主に移転する。この物権変動は3判例が承認する民法上の物権変動である（①）。そして、その立木法の登記もしくは明認方法（以下、明認方法等という）がなされない間は、売主も不完全に排他的な所有権（第二所有権：不完全所有権）を有する。しかし、不完全な排他性ゆえに、第一買主は第一所有権を明認方法等の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者たる第二買主に主張できない（②）。当該立木が売主から第二買主に二重に売却され、第二買主に対し明認方法等がなされたときは、第二買主は立木法の登記もしくは明認方法の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者であることはいうまでもないことであるから、明認方法等の具備時に第二買主において、完全に排他的な所有権（第三所有権：完全所有権）を取得するわけであるが、その所有権は、売主から第二買主に直接移転するのであり、売主からいったん第一買主に移転し、第一買主から第二買主に移転するものではなく（③）、第一買主は当初からまったく完全に排他的な立木所有権（第三所有権：完全所有権）を取得しなかったことになる（④）。

なお、地盤所有権者と立木の所有権を争う場合は、地盤所有権者の土地の所有権移転登記と立木の明認方法等の先後によって、立木の完全に排他的な所有権の帰属が決定される。

### 13. 混同による消滅と復活

建物の引渡を受け、当該建物を賃借しているAが、賃貸人Bから当該建物を購入した。このとき、Aの賃借権は取得した所有権との混同により消滅する（民520本文）が、所有権移転登記を得る前にCが当該建物を譲り受け、登記を得てしまった。この場合、いったん混同によって消滅した賃借権はCに対する関係<sup>121)</sup>では消滅しなかったことになる<sup>121)</sup>と解される。

これに整合構成を適用して解釈すれば、混同により消滅する賃借権は、不完全に排他的な所有権の中に吸収される。そして、Cによる所有権取得および登記具備により、Cが完全に排他的な所有権を取得するので、そのときにAの所有権は消滅し、あたかも賃借権を吸収してくるんでいた所有権という袋が破裂してなくなるかのように袋の中の賃借権が表出するのである。これにより賃借権が復活したかのようにみえるのである。もちろん、消滅する権利が所有権・占有権等以外の物権であっても同様である。賃借権が所有権に吸収されている間は、所有権者と賃借権者とが同一であることから、賃借権の存続要件である賃料支払は不要となる（実際に同一人が当該同一人に賃料を支払うというのは非現実的であり、不合理である）。

また、地上権者が買戻特約付き売買により当該土地の所有権を取得し、地上権が混同によって消滅した後に、買戻権の行使によって当該売買契約が解除された場合にも当該地上権は復活するとされる<sup>122)</sup>。混同によって「消滅」したとされる物権等は吸収された物権中に存続しつづけており、買戻権行使による解除等の場合も、前述の賃借権の事案と同様、解除等によって内包されていた物権等が表出するのである。なお、このとき地上権を内包していた所有権は遡及的復帰的物権変動が生じ、売主に復帰することになる。

### 14. 土地収用と農地買収

土地収用と農地買収はその目的は異なるものの、その法的構成はほぼ同様で

ある。土地収用にあつては、起業者は登記簿上の権利者を被収用者とすれば一応適法であるが、真実の権利者が他にあることが主張され、明らかとなったときは、真実の権利者を被収用者として収用しなければ違法となる、と解されている。<sup>123)</sup> この点は農地買収も同様であり、国が農地の買収を行うには、単に登記簿の記載に依拠して、登記簿上の農地の所有権者を相手方として買収処分を行うべきものではなく、真実の農地の所有権者から、これを買収すべきものであるとされた。その理由として、国の自作農創設特別措置法（現農地法）に基づく農地買収処分は、国が権力的手段をもって農地の強制買上を行うものであつて、対等の関係にある私人相互の経済取引を本旨とする民法上の売買とは、その本質を異にするものであるから、このような私経済上の取引の安全を保障するために設けられた民法 177 条の規定は、適用されないとした。そして、真実の所有権者が異議を述べる以上、実質的調査を行うべきであつて、異議者が登記の欠缺のゆえをもってその異議を排斥すべきでないとした。<sup>124)</sup>

したがって、土地収用もしくは農地買収により起業者もしくは国が登記名義人ではない者から収用・買収したとしても真実の権利者から取得したものである以上、起業者もしくは国は完全に所有権を取得することになる。本稿に即して記述すれば、たとえば前主が登記を有し、当該前主から売買契約により所有権を取得した後主が未登記である場合、当該後主の有する所有権は不完全に排他的な所有権である。当該後主から、起業者もしくは国が当該不完全に排他的な所有権を取得したとしても、当該所有権は収用登記もしくは買収取得の登記具備により完全に排他的な所有権となるのである。

なお、この場合で、かりにAからBとCに二重譲渡され、いずれも未登記の段階では、所有権者はB・Cいずれとも決定できないので、起業者もしくは国によるAからの買収も適法な処分ということになるであろう。その場合も、起業者もしくは国が取得した所有権は収用登記もしくは買収取得の登記具備により完全に排他的な所有権となる。起業者もしくは国はAから所有権を譲り受けた第三の者であり、BおよびCとの間で対抗関係に立つものと解することができよう。したがって、先に登記を得たことにより、完全に排他的な所有権を取得するということになる。

また、収用完了後においては、土地の取引は私経済上の取引となることから、



権利取得裁決で定められた権利取得時期（収用 48 I ③）以降に権利を取得して収用登記前に登記を経由した第三者と起業者との関係、あるいは農地買収処分完了後、農地が被買収者から第三者に処分された場合の国と当該第三者との関係には、民法 177 条が適用され、<sup>126)</sup> 整合構成が妥当することになる。

## 15. 公物の供用開始

道路法にいう公物としての道路を開設するためには、路線の指定または認定を行い（道路 5、7、8）、道路区域を決定し、その敷地等の上に所有権その他の権原を取得し、必要な工事を行って道路としての形態を整え、供用開始の公示がなされること（道路 18）が必要とされている。<sup>127)</sup> 土地が適法に道路に供用されたときは、私権が制限される（道路 4）。<sup>128)</sup>

道路が適法に供用開始され、道路管理者が所有権取得登記未了の間に第三者が前主より物権を取得した場合は、民法 177 条が適用されると解されている。<sup>129)</sup> よって、ここでも整合構成が妥当することになる。

ただし、道路管理者が対抗要件を欠くため当該道路敷地の使用権原をもって後に当該敷地の所有権を取得した第三者に対抗しえないことになっても、当該道路の廃止がなされないかぎり、敷地所有権に加えられた道路法 4 条による私権制限は消滅しないとされた。<sup>130)</sup> したがって、当該第三者は所有権に基づいて、道路管理者に対し妨害排除請求をすることはできないし、不法行為に基づく損害賠償も請求できないのである。<sup>131)</sup> 道路は公共性が高く、高い公益に寄与する公物であるがゆえに、私権の行使によって供用を阻害されるべきではなく、その供用は保護されるべきものである。そのためにも私権制限は、道路管理者に優先する第三者の所有権をもってしても排除されないとすることが政策上必要となるのである。

道路と同様のことは、他の公共施設用地についてもいえることである。したがって、公園、広場等の公共施設用地が公共団体等に帰属したのち、所有権移転登記未了の間に第三者が前主より物権を取得した場合にも、民法 177 条が適用されることになるであろうが、第三者が先に対抗要件を具備し、完全に排他的な所有権等を取得した場合であっても、公共施設用地に関する各種法律による私権制限等は消滅しないのである。

## 16. その他の物権変動と第三者

この他、民法 177 条が適用され、二重譲渡あるいは二重譲渡類似の関係にある場合であって、登記の具備で所有権者が決定される事案としては、民事執行としての競売<sup>132)</sup>、租税滞納処分による公売、公売処分の取消し<sup>133)</sup><sup>134)</sup>、特定物遺贈<sup>135)</sup>、死因贈与<sup>136)</sup>、共有持分取得<sup>137)</sup>、再売買の予約における予約完結権行使による再売買<sup>138)</sup>、買戻特約付き売買における買戻権行使による目的物所有権の復帰<sup>139)</sup>などがあり、これらに整合構成が適用され、3 判例による承認事項ⅠからⅢのすべてが妥当することになる。

なお、解除条件成就による物権の消滅についても、その旨の対抗要件を具備しなければ、その消滅を第三者に主張できない<sup>141)</sup>。物権の消滅についても、不完全な消滅と完全な消滅とがあるということになろう。

## 17. 民法 717 条の所有権の責任

民法 717 条における無過失責任を負うべき所有者とは誰をいうのかという問題は、物権的請求権の場合と同様、請求の相手方の確定の問題である<sup>142)</sup>。物権的請求権の相手方に関する判例である前掲最三小判平 6・2・8 の趣旨を鑑みれば、建物等の譲渡人が、自らの意思に基づいて所有権取得の登記をし、その後建物等を譲渡したにもかかわらず登記名義を保有する場合は、被害者は登記名義人である譲渡人を相手方とすることができるということになろう。<sup>143)</sup>

なお、譲渡人のみが民法 717 条における無過失責任を負担した場合は、実質的所有権者である譲受人に最終的に求償し利害を調整することになるであろう。<sup>144)</sup>

また、たとえば建物が A から B と C に二重譲渡され、いまだ A が登記を有し、B だけが民法 717 条における無過失責任を負担した場合、その後、C が登記具備した場合は、C が完全所有権者となり、民法 717 条の責任を負担すべきことになるから、B は C に求償することができることになる。なぜならば、所有権が消滅する者が所有者としての責任を負担する道理はないからである。ただし、C による登記具備にかなりの時間を要し、その間、目的物を占有する B が長期にわたって十二分に使用収益をなしたという場合は、B も所有権としてそれ相応の責任を負担すべきであるから、その場合、B が負担した損害賠償額の全額を C に求償することは信義に反するものと思われる。



## 18. まとめ

以上、最高裁昭和46年判例、最高裁昭和33年判例および最高裁昭和39年判例の3判例によって承認され、当該3判例による承認事項（ⅠⅡⅢ）を包含する整合構成は、二重譲渡以外の物権変動事案にも妥当することが分かった。

ただし、ここに挙げた物権変動事案以外にも検討が必要な事案が存在する可能性は否定できない。

以下に、これまで検討した結果の概要を記載する。

### (1) 背信的悪意者との関係

背信的悪意者も有効に売主から所有権を取得している。ただし、信義則上、民法177条の第三者の範囲から除外されているにすぎない。よって、その有する所有権は不完全に排他的な所有権であり、そうであるからこそ、背信的悪意者からの転得者と第一譲受人との関係は実質的には相対的に判断されることになる。しかし、当該転得者は完全に排他的な所有権を取得している。また、背信的悪意者でない者からの背信的悪意者である転得者の事案にあつては、その背信的悪意者でない者が登記具備しており、完全に排他的な所有権者になっていることから、たとえ転得者が背信的悪意者であっても当該転得者は完全に排他的な所有権を取得することになるのである。すなわち、絶対的構成が採られるということになる。

### (2) 虚偽表示と二重譲渡

ここにも整合構成が妥当し、虚偽表示による善意の第三者が所有権を取得するにつき、判例は法定承継取得説を採用しているものと解されていることから、善意の第三者Cに対してはAより直接、不完全に排他的な所有権が移転し、登記具備により完全に排他的な所有権を取得することになる。

### (3) 動産物権変動

整合構成は、動産物権変動にも適用される。しかし、意思表示と現実の引渡との間に時間的なずれがある場合であっても、それは占有改定により公示を具備したものと捉える場合が多いであろうから、その場合は、公示具備前に不完全物権が移転する法的構成である整合構成が妥当する場面にはならない。

### (4) 取消後・解除後の第三者、時効完成後の第三者、遺産分割後の第三者

いずれも第三者との関係は二重譲渡類似の関係にあり、整合構成が適用され

る。

#### (5) 取消前・解除前の第三者

詐欺取消前の第三者が善意の場合、民法 96 条 3 項の効果によって取消しの遡及効が制限され、当該第三者が有効に所有権を取得する。このとき中間者たる詐欺者が登記を有しているとき、当該詐欺者の有する不完全に排他的な所有権は取消しの意思表示により、信義則上、消滅する。また、被詐欺者たる取消権者が登記を有しているときは、いまだ不完全に排他的な所有権を有していることになるから、当該所有権を他に譲渡することができるものといえる。

つまり、当該善意の第三者は民法 96 条 3 項により、所有権を取得してもそれは不完全に排他的な所有権であり、登記を得てはじめて完全に排他的な所有権を有することになるのである。

一方、制限行為能力、強迫を理由とする法律行為の取消しについては、取消権者が常に所有権者ということになるが、その所有権はやはり登記を得てはじめて完全に排他的な所有権となる。ただし、取消権者に登記具備がなくとも、その譲受人及び転得者はいずれも取消しの遡及効による無権利の法理によって無権利者となるものであるから、民法 94 条 2 項の類推適用のなされる場合でないかぎり、取消権者の所有権が脅かされることはほとんどないものと思われる。

また、解除前の第三者については、取消前の第三者と同様の法的構成になるが、民法 545 条 1 項但書によって保護されるためには、権利資格保護要件の登記が必要となる。そして、保護される場合には常に登記を具備していることから、当該解除前の第三者の有する権利は完全に排他的な所有権ということになる。なお、前掲最三小判昭 58・7・5 は明確に「対抗要件としての登記」と明示しており、それを整合構成では「権利資格保護要件の登記」として解釈しておしている。この点は、整合構成と判例の見解とが唯一異なる点である。

#### (6) 時効完成前の第三者

取得時効完成当時の土地の所有権者およびその転得者は、当該土地所有権の得喪のいわば当事者の立場に立つことから、時効取得者は登記なくして当該所有権を時効完成前の第三者に対抗することができる。そして当該所有権は登記具備により完全に排他的な所有権となる。

### (7) 遺産分割前の第三者

遺産分割前の第三者については、取消前の第三者と同様の法的構成になるが、民法 909 条但書によって保護されるためには、目的物が不動産の場合は権利資格保護要件の登記を具備することが必要となる。そして、保護される場合には常に登記を具備していることから、当該遺産分割前の第三者の有する権利は完全に排他的な所有権ということになる。

### (8) 制限物権

制限物権も登記等によって対抗力を取得するものについては整合構成が妥当する。

### (9) 物権化した不動産賃借権

不動産賃借権には整合構成は適合せず、3判例による承認事項Ⅰ、Ⅱ、Ⅲのいずれも妥当しない。そして、対抗要件の具備と同時に、完全に排他性を取得する。

### (10) 未登記不動産

#### ①妨害排除請求の相手方

整合構成では、譲受人に所有権移転登記がなされるまで、譲渡人も不完全に排他的な所有権を有するとの構成である。登記名義を有する譲渡人も妨害排除請求の相手方となるとする最判平成6年判決と整合的<sup>145)</sup>する。

#### ②二重譲渡

未登記建物であっても二重に譲渡ができ、その場合の譲受人が不完全に排他的な所有権を取得することを、整合構成から導くことができる。

### (11) 立木の二重譲渡

立木の二重譲渡にも整合構成が妥当する。すなわち、明認方法等の取得者に完全に排他的な立木所有権が帰属する。また、地盤所有権者との間で立木所有権の帰属を争う場合は、地盤登記の具備と明認方法等の具備うち、いずれか先に具備した方に完全に排他的な立木所有権が帰属する。

### (12) 混同による消滅と復活

混同は純粋な物権変動とは異なるが、同一人に所有権と賃借権等が帰属した場合に、たとえ当該所有権が不完全に排他的な権利であっても、下位にある物

権等を吸収し、当該下位物権等が消滅したかのようにみえるのである。そして、当該所有権が消滅したとき、これまで当該所有権の中で存続していた当該下位物権等が表出する。このとき当該下位物権等が復活したかのように知覚されることになる。

#### (13) 土地収用と農地買収

土地収用もしくは農地買収により起業者もしくは国が登記名義人ではない者から収用・買収したとしても、真実の権利者から取得したものである以上、当該所有権は収用登記もしくは買収取得の登記具備により完全に排他的な所有権となる。

かりにAからBとCに二重譲渡され、いずれも未登記の段階では、所有権者はB・Cいずれとも決定できないので、起業者もしくは国はAから買収することになるが、このとき、起業者もしくは国はAから所有権を譲り受けた第三者であって、BおよびCとの間で対抗関係に立つものと解することになる。

また、収用完了後においては、権利取得時期以降に権利を取得して収用登記前に登記を経由した第三者と起業者との関係、あるいは農地買収処分完了後、農地が被買収者から第三者に処分された場合の国と当該第三者との関係には、民法 177 条が適用され、整合構成が妥当することになる。

#### (14) 公物の供用開始

道路が適法に供用開始され、道路管理者が所有権取得登記未了の間に第三者が前主より物権を取得した場合は、民法 177 条が適用されると解されており、そこには整合構成が適用される。ただし、たとえ第三者が前主より二重に所有権を取得しその登記を先に得たとしても、道路の廃止がなされないかぎり、私権制限はその公益性ゆえに排除されないのである。この点は他の公共施設用地についても妥当するものである。

#### (15) その他の物権変動と第三者

民事執行としての競売、租税滞納処分による公売、公売処分の取消し、特定物遺贈、死因贈与、共有持分取得、再売買の予約における予約完結権行使による再売買、買戻特約付き売買における買戻権行使による目的物所有権の復帰などにも整合構成が適用される。また、解除条件成就による物権の消滅についても、その旨の対抗要件を具備しなければ、その消滅を第三者に主張できないこ

とから、物権の消滅においても、不完全な消滅と完全な消滅とがあるということになる。

#### (16) 民法 717 条の所有権の責任

譲渡人が自らの意思に基づいて所有権取得の登記をし、その後建物等を譲渡したにもかかわらず登記名義を保有する場合は、譲渡人も民法 717 条における無過失責任を負担することになる。

### IV おわりに

#### 1. 整合構成と判例理論

整合構成を用いた解釈は「解除前の第三者」事案につき、判例（前掲最一小判昭 33・6・14、前掲最三小判昭 58・7・5）の見解と一致しない。それというのも、取消しと解除とを遡及効を有する点で同じ法的構成であるとみなしていることから生じた不一致である。当該判例が示すところの解除前の第三者が保護されるために取得する登記を対抗要件としての登記とするためには、解除前の第三者についても解除後の第三者と同様、復帰的物権変動を適用することになろう。すなわち、解除されるまでは一応効力を生じていたことを前提とするから、解除の遡及効を、この物権変動を前提としたうえで、あとからその変動を生じなかったことにする擬制をするのである。そして、復帰的物権変動は解除の意思表示のみにより、問題の行為のなされた時に遡って生ずるものとはされるが、第三者の登場を許容するという意味における法定の制限のついた物権変動であり、第三者への物権変動と解除による復帰的物権変動とが対抗関係に立つと構成することになろう。<sup>146)</sup>そして、この点に整合構成の適用が可能である。解除者をA、買主をB、転得者をCとし、AB間の売買契約を第一売買（BC間の売買契約は第二売買となる）とすれば、A・B間における売買契約の解除により、ただちに不完全に排他的な所有権（第一所有権：不完全所有権）が第一売買契約時に遡及してAに復帰する（①）（Bが登記を有し、Cに登記が移転していない以上、Bは不完全に排他的な所有権を未だ有しており、当該所有権がAに復帰する。）。そして、その登記がなされない間は、Bも（第一売買時に遡及してAに復帰しないところの）不完全に排他的な所有権（第二所有権：

不完全所有権)を有する(BからAに所有権が復歸しても、Bは登記を有することから、未だ不完全に排他的な所有権を有する)。しかし、不完全な排他性ゆえに、Aは第一所有権を登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者たるCに主張できない(②)。第一売買の解除前にすでに当該不動産がBからCに売却されており、Cに対し所有権移転登記がなされたときは、Cは登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者であることはいうまでもないことであるから、登記の時にCは、完全に排他的な所有権(第三所有権：完全所有権)を取得するわけであるが、その所有権は、BからCに直接移転するものであり、BからいったんAに移転し、AからCに移転するものではなく(③)、Aは解除以後、まったく完全に排他的な所有権(第三所有権：完全所有権)を取得しなかったことになる(④)のである。ここでは、3判例による承認事項ⅠからⅢのすべてが妥当する。

しかし、やはり、取消前の第三者(無権利の法理)と解除前の第三者(遡及的復歸の物権変動)とで法的構成が異なることにつき問題点として指摘されることになるであろう。

もちろん、判例理論が、取消・解除前の第三者と取消・解除後の第三者との法的構成が、前者は無権利の法理を適用し、後者には遡及的復歸の物権変動を適用することについても、(本稿ではこの法的構成に整合構成を適用しているが)、一貫性に欠けるとの指摘を排除することはできない。<sup>148)</sup>

一貫性を重視するのであれば、判例理論の修正を余儀なくされる。ただし、それは判例理論への整合構成の適合性の検討を目的とする本稿からは離れるものとなる。<sup>149)</sup>

## 2. 検討課題：不完全に排他的な物権が他者による対抗要件具備により消滅する根拠

物権法定主義の根拠は、一つには旧時代の土地に存在していた複雑な封建的物権関係を整理し、土地の権利関係を単純化し、所有権のほかには一定の種類の制限物権のみを認めるにとどめ、それ以外の権利によって所有権の制限されることを排除し、「自由な所有」を確立することによって、近代化の理想に適合することであり(根拠1)、二つには、物権は債権と異なって、排他性(優先

的効力)があるから、その公示を必要とすることにある(根拠<sup>150)</sup>2)とされる。そして、沿革的理由である根拠1よりも根拠2により重要な意味があるものとされている。<sup>151)</sup>しかし、本稿では、3判例による承認事項Iにあるように、不完全に排他的な所有権も、民法解釈上、所有権であるとする立場を採っていることから、根拠2は当該所有権に厳格に妥当するものではない。<sup>152)</sup>

これに対し、恒久性に反するが、不完全に排他的な所有権を慣習法上の所有権として捉えることも考え方としてありえなくもない。その場合は、民法上、所有権は対抗要件を具備し、完全に排他性を有する所有権のみとなり、根拠2が厳格に妥当する。そして、慣習法上の所有権は、登記具備により完全に排他的な所有権、すなわち民法上、所有権になる。

不完全に排他的な所有権を民法上の所有権とする場合であっても、慣習法上の所有権とする場合であっても、完全に排他的な所有権を完全権とするならばそれは不完全権であり、完全権取得を登記具備という停止条件にかからしめられた条件等付権利であるといえなくもない。その場合、条件等付権利に妨害排除等の物権的効力が付与されている権利ということになる。筆者はこのような権利を物権的期待権の一類型とし、ひとつの権利類型と捉えており、それは完全権取得前の前段階の権利であり、物権と債権との中間的権利でもあったと考えている。

そうであるならば、本稿にいうところの不完全に排他的な所有権は、中間的権利を脱して物権化した権利となっているということになろう。条件等付権利は条件等の成就によって取得された完全権に吸収され、条件等の不成就によって消滅するのである。<sup>153)</sup>これを本稿の内容に照らせば、登記を具備した者が登記によってその者の有する不完全権に完全な排他性が付加され、完全権たる完全に排他的な所有権となって、あたかも不完全権が完全権に吸収された形となり、他の者の有する不完全権は登記時に消滅するということになる。このように不完全に排他的な所有権を条件等付権利であるとみることで、当該不完全に排他的な所有権が他者による登記具備により消滅することを合理的に説明できるのである。

この点についてはさらなる検討が必要なのはもちろんである。

以 上



## 注

45) 大判昭17・9・30民集21・911。ところで、民法176条は、旧民法財産編296条および同331条に基づいている(原田眞義『民法対照 財産編 日本立法資料全集 別巻237』130-131頁(信山社出版、復刻版、2002))。

同296条は次のとおりである。すなわち、「合意トハ物權ト人權トヲ問ハス或ル權利ヲ創設シ若シ移轉シ又ハ變更シ若クハ消滅セシムルヲ目的トスル二人又ハ數人ノ意思ノ合致ヲ謂フ」「合意カ人權ノ創設ヲ主タル目的トスルトキハ之ヲ契約ト名ツク」と規定されており、これを要約すれば、契約を含む合意は当事者の意思の合致を要するとし、契約とは人権の創設を目的とするものをいう、ということになる。

同331条は次のとおりである。すなわち、「特定物ヲ授與スル合意ハ引渡ヲ要セスシテ直チニ其所有權ヲ移轉ス但合意ニ附帶スルコト有ル可キ停止条件ニ關シテ規定スルモノヲ妨ケス」と規定する。この規定の解説によれば、特定物に限定されるものではあるが、無形的な所有権の授与と有形的な所為である目的物の引渡しとは全く区別されるべきものであり、所有権の移転に目的物の引渡しを要するものではないとする(堀三友ほか編『民法疏義 人権之部 日本立法資料全集 別巻790』1918-1919頁(信山社出版、復刻版、2012))、ということになる。この点は、所有権の觀念化と直結する。また、本条第一段にいう所有権移轉の効力は当事者間においてのみ生ずるものであり、これを当事者以外の第三者に効力を証是させるためには、公示方法(不動産にあっては登記)を要するとする(堀ほか・前掲1003頁、井上操『民法〔明治23年〕詳解 人権之部 日本立法資料全集 別巻228』152-154頁(信山社出版、復刻版、2002))。なお、この頃は、所有権の移転に期限を付した場合、期限までは所有権は売主に存し、期限到来後でなければ買主に移転しないとの合意は、所有権の性質と抵触し公益を害するとされ、認められていなかった(堀ほか・前掲1003頁、井上・前掲154-155頁)。

また、法典調査会では、民法176は177条とされ、同法177条は178条、同法178条は179条とされ、提出された。177条(現行民法176条)において、起草委員である穂積陳重氏の発言は「占有ト云フモノト物權ト云フモノガ何時デモ伴ウト云フコトハ期シ難イコトデアリマス」として、物権の移転が觀念的であることを強調する(法務大臣官房司法法制調査部『日本近代立法資料叢書1 法典調査会 民法議事速記録一』580頁(商事法務研究会、1983))。そして、178条(現行民法177条)にあって、「絶対的ノモノデアル絶対的ノモノデナケレバ公示法ノ効ヲ奏スルコトハ出来ヌト考ヘマス」とし、本条は不動産に関するものであることから、「不動産ニ關スル物權ト云フモノハ悉ク登記ヨシナケレバ絶対的ニ効ヲ生セヌ」と発言しており(法務大臣官房司法法制調査部・前掲584頁)、この点は、動産についても同様であるとしている(法務大臣官房司法法制調査部・前掲588-589頁)。これは公示の対象となる物権としては絶対的なもの、つまり物権として完全であるということの意味しており、登記によって第三者対抗力、すなわち完全に排他性を有することを示しているものと捉えることができる。

46) この判例は、不法占拠者は民法177条にいう「第三者」に該当しないと判示している。

47) 大判明43・1・24民録16・1、大判大8・5・26民録25・892、大判昭6・5・29民集10・361、大判昭9・5・1民集13・734、大判昭19・10・6民集23・591、最三小判昭33・10・14民集12・14・3111



- 48) 最一小判昭 36・4・27 民集 15・4・901、最三小判昭 40・12・21 民集 19・9・2221、最二小判昭 43・8・2 民集 22・8・1571、最二小判昭 43・11・15 民集 22・12・2671、最二小判昭 44・4・25 民集 23・4・904、最三小判平 18・1・17 金判 1248・59
- 49) BはCに対し、所有権移転登記請求ができることになろう（最二小判平 10・12・18 民集 52・9・1975）。
- 50) 最三小判平 8・10・29 民集 50・9・2506
- 51) 前掲最三小判平 8・10・29
- 52) 放棄に関する法的構成は、登記具備までは不完全に排他的な物権であり、登記具備により完全に排他的な物権となるとする整合構成に親和的であるといえる。なお、土地所有権の放棄につき、田處博之「土地所有権の放棄は許されるか」札幌 29・2・14（2013）は、土地所有権の放棄も当事者の意思表示によりその効力が生ずるが、それを第三者に対抗するためには放棄の登記が必要であるとしており、これは整合構成を後押しするものとなろう。ところで、土地所有権の放棄の登記については、放棄者の単独申請は許されず、所有権を取得する国（民 239 II）との共同での登記申請を要すると解されている（田處・前掲 14）。
- 53) 最三小判昭 42・10・31 民集 21・8・2232 は法定承継取得説を採るものと解されている。
- 54) 前掲最三小判昭 42・10・31
- 55) 判例は指図による占有移転につき、即時取得の成立を認めている（最三小判昭 57・9・7 民集 36・8・1527）。
- 56) 我妻・有泉・前掲注（15）198 頁
- 57) 取消し後の第三者との関係が問われるのは、詐欺による取消しのみならず、制限行為能力者等による取消し、強迫による取消しも含まれることになる。
- 58) 我妻・有泉・前掲注（15）97 頁は、この点につき、A・B間の復帰的物権変動は、「無効の擬制」により、「取消しうべき行為のなされた時に」遡るとしており、私見とほぼ同様の考えと思われる。
- 59) 内田貴『民法Ⅰ 総則・物権総論』448－449 頁（東京大学出版会、第4版、2008）
- 60) 広中俊雄『物権法』120 頁（青林書院、第2版増補、1987）
- 61) なお、明文では「取り消された行為は、初めから無効であったものとみなす」（民 121）と規定されているが、判例（前掲大判昭 17・9・30、前掲最二小判昭 32・6・7）は当該規定の存在にもかかわらず、当該無効の場面の中に復帰的物権変動を見出し、承認している。この点もこれら判例による承認事項であるといえよう。
- 62) 大判大 3・12・25 民録 20・1178 は強迫の場合につき、取消し後の第三者に対しても遡及効による影響を受け、遡及的無効により前主が無権利である以上、取消し後に利害関係を有した特定承継人も権利を取得することはできず、第三者に該当しないとしているも、強迫も詐欺と同様、民法 96 条に基づく取消しであって、詐欺の場合とその法的構成を異にするものとは考えにくいことから、詐欺の事案ではあるが取消し後の第三者の事案としてリーディングケースである前掲大判昭 17・9・30 により変更せしめられた可能性は高い。なお、制限行為能力者を理由とする法律行為の取消しについては、取消し後の第三者との関係につき、制限行為能力者をより保護すべく、無能力者が追認をなさない状態の下で取消した場合には、その後に登記を得た第三者に対しても特別事情がない限り取消しを

もって対抗できると解釈する説も提唱されている（我妻・有泉・前掲注（15）100-101頁）など、法的構成に基づく権利変動過程における権利者決定の判断につき、信義則上、一定の制約を設けることは可能であろう。

63) 大判昭4・2・20民集8・59、舟橋＝徳本〔原島＝児玉〕・前掲注（1）574頁

64) 最一小判昭49・9・26民集28・6・1213も、「取消の効果を「善意の第三者」との関係において制限する」と明示する。

65) 舟橋＝徳本〔原島＝児玉〕・前掲注（1）574頁

66) 詐欺者であるBに不完全に排他的な所有権の所持を存続させ、Bを基点とした二重譲渡を許すべきではないからである。

67) 事案は遡及する旨の特約ある合意解除の事案である。

68) 最三小判昭58・7・5判時1089・41は前掲最一小判昭33・6・14を引用し、同様の判断を下している。また、大判大10・5・17民録27・929および大判昭13・10・24民集17・2012は動産の事案であるが、民法178条を適用している。

69) 前掲最三小判昭58・7・5は、不動産所有権留保売買事案であり、留保買主は未だ完済していないことから、留保買主が所有権を取得していることはなく、ましてや転得者が所有権を取得していないにもかかわらず、第三者たる転得者が当該不動産所有権留保売買契約の解除前に所有権を有する事案である解除前の第三者事案として扱われ、判断がなされた。この点につき、判例が視点の置き方を誤ったために、本来なされえないところで議論が展開され、保護されるべき者が保護されないという不当な結論が導かれたとして批判する見解が主張されている（本田純一「判批（最三小判昭58・7・5判タ506・89）」判タ514・174（1984））。しかし、所有権留保のこれまでの判例を見てみると、留保売主は担保目的を達するのに必要な範囲に限定された所有権を有するものとされ、留保買主は担保目的によって制限された所有権を有するものとする所有権分割の理解を前提にしているように解されている（松田佳久「所有権留保における物権的期待権概念の必要性（2）」創法43・1・（2013））。そうであるならば、留保買主からの転得者は留保買主の有していた担保目的によって制限された所有権（あるいは物権的権利）を取得しているはずであり、所有権留保売買だからといって何ら所有権を取得していないとみるのは不適切である。転得者は所有権の一部あるいはそのような内容を有する物権的権利を取得していることから、解除前に所有権等を有する第三者であるといえる。ただし、そのような第三者が取得する当該所有権あるいは権利の公示手段として登記が妥当かどうかは問題であるものの、所有権あるいはそれに類似の物権的権利といった性質からいって登記がもっとも適した公示手段であるとは一応いえるであろう。ただし、不動産の所有権留保の場合、登記を留保売主が有している状態で留保買主の権利が転得者に譲渡されるのが通常であることから、留保買主が完済によって完全所有権を取得するのであれば、転得者が登記請求権を取得することはなく、常に解除者たる留保売主が勝つことになる。そうであるならば、前述の批判的見解が指摘するとおり、不動産所有権留保売買事案における転得者保護のためには、その保護も可能になる別の法的構成が必要になるのであろう。

70) 我妻・有泉・前掲注（15）102-103頁

71) 解除前の第三者との関係につき、判例は遡及効が制限されるとの判断を示していない（前掲最一小判昭33・6・14、前掲最三小判昭58・7・5）が、取消しの場合と同様、権利

資格保護要件の登記を具備した第三者を保護するために、遡及効の制限については信義則などの一般原則が適用されるものと解することになろう。

- 72) 東京高判昭44・9・6東高民報20・9・187は、法定解除の規定である民法545条が直ちに合意解除の場合に適用されることはないが、解除の遡及効により第三者の権利を害しない旨の同条第1項但書の法理は両者別異に解すべき根拠はないとする。また、当該裁判例が示す当該第三者の有すべき登記は権利資格保護要件の登記を指すものであると一般に解されている（舟橋＝徳本〔原島＝児玉〕・前掲注（1）571頁）。
- 73) 青野博之「解除の法的構成として、直接効果説を排除すべき必然性はあるか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望 第5巻』144頁（1990、日本評論社）
- 74) 最二小判昭42・7・21民集21・6・1653、大判大7・3・2民録24・423
- 75) 前掲最二小判昭42・7・21
- 76) なお、無権利者による不動産の譲渡に該当する事案ではあるが、相続に関し以下の判断がなされている。法定相続分の相続による不動産の権利の取得については、登記なくしてその持分を第三者に対抗できるとする。すなわち、相続財産に属する不動産につき共同相続人乙が単独所有権移転の登記をし、これを第三者丙に譲渡し、丙が乙から単独所有権移転の登記を受けた場合、乙の登記は他の共同相続人甲の持分に関するかぎり無権利の登記であり、登記に公信力がない結果、丙も甲の持分に関するかぎりその権利を取得できないから、甲は登記なくして丙に対しその持分を対抗できるのである（最二小判昭38・2・22民集17・1・235）。
- また、指定相続分についても、遺言により法定相続分を下回る相続分を指定された共同相続人の一人が、遺産を構成する特定不動産に法定相続分に応じた共同相続登記がされたことを利用し、当該登記に係る自己の共有持分権を第三者に譲渡し、第三者が当該持分の移転登記を受けたとしても、当該第三者は当該共同相続人の指定相続分に応じた持分を取得するにとどまるとされている（最二判平5・7・19裁判集民169・243）ことから、指定相続分についても法定相続分と同様、他の共同相続人が指定相続分を勝手に処分したとしても、指定相続分の真正な権利者たる共同相続人は譲受人たる第三者に対し、登記なくして当該指定相続分を対抗できるということになろう（最二小判平14・6・10家月55・1・77）。
- 77) 我妻・有泉・前掲注（15）108頁、舟橋＝徳本〔原島＝児玉〕・前掲注（1）623頁
- 78) 地上権にあつては当然にその登記には借地借家法10条1項による対抗要件が含まれる。
- 79) 民法上の物権でいえば、永小作権、地上権、地役権、質権（動産質権は目的物の占有の継続が対抗要件（民352）、不動産質は登記が対抗要件、権利質は指名債権譲渡の方式（民364、467Ⅱ）あるいは証書への裏書（民365）が対抗要件）、抵当権（根抵当権を含む）が該当する。なお、元本確定前の根抵当権の内容の変更については、登記は効力要件とされている（民398の4Ⅲ、同398の6Ⅳ）。
- 80) 民法上の物権では、入会権はそれ自体に大判大10・11・28民録27・2045によって対抗力が認められており、留置権は占有が成立要件（民302）であつて、目的物の占有により留置権が成立すると同時に完全に排他的な留置権となる。先取特権には順位に関する特別な規定があり、一般先取特権、動産先取特権は登記なくとも民法により効力が認められている。不動産先取特権は登記が効力要件であることから、不完全権が観念される余地はな

い。なお、占有権は、現実には物を支配しているという事実に基づいて認められるものであって、物を支配しうる権能ではないから、本質的には物権とはいえない（舟橋＝徳本〔舟橋＝徳本〕・前掲注（1）15-16頁）。

- 81) 最二小判平 10・2・13 民集 52・1・65、前掲最二小判平 10・12・18
- 82) 用水地役権（民 285）につき、大判大 13・3・17 民集 3・169、大判昭 14・7・19 民集 18・856 がある。
- 83) 前掲最二小判平 10・2・13 が背信的悪意者排除論を採用しなかったのは、次の理由によるとする。すなわち、背信的悪意者は物権変動のあったこと（通行地役権の設定されていること）につき悪意であり、かつ、権利を主張することが信義に反することが要求されるが、通行地役権は黙示に設定されるのがほとんどであるから、これに背信的悪意者排除論を採用した場合、承役地譲受人が当該物権変動を知りうることはほとんどないことになり、それでは通行地役権の黙示の合意を認定するなどして通路使用者を保護しようとしても、売買によって容易にこれが破られてしまうことになり、地役権者を十分に保護することができなくなるからである（近藤崇晴「判批（最二小判平 10・2・13 民集 52・1・65）」曹時 50・12・235-236（1998））とする。
- 84) 最三小判平 25・2・26 民集 67・2・297 は、通行地役権者が承役地の担保不動産競売による買受人に対し地役権設定登記のされていない通行地役権を主張することができる場合として、前掲最二小判平 10・2・13 を引用し次のように判示した。すなわち、通行地役権の承役地が担保不動産競売により売却された場合において、最先順位の抵当権の設定時に、すでに設定されている通行地役権に係る承役地が要役地の所有権者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、当該抵当権の抵当権者がそのことを認識していたかまたは認識することが可能であったときは、特段の事情がない限り、登記がなくとも、通行地役権は当該売却によっては消滅せず、通行地役権者は、買受人に対し、当該通行地役権を主張することができるのと解するのが相当であるとし、担保不動産競売による売却時を基準とするとした原審（名古屋高判平 23・5・19（平成 22（ネ）1094））判断を破棄差戻した。
- 85) 川井健「判批（最二小判平 10・2・13 民集 52・1・65）」民商 119・3・432（1998）
- 86) 近藤・前掲注（83）237、川井・前掲注（85）107
- 87) 近藤・前掲注（83）238
- 88) 川島＝川井〔野村好弘＝小賀野昌一〕・前掲注（6）333 頁
- 89) 袋地の利用、たとえばそこで生活する場合には、公道に出ることができなければ通勤・通学ができないばかりか、買物等もできず、日常生活は不可能である。また、上下水道、都市ガス、電気などのライフラインの敷設もできないばかりか、居宅を建築しようにも資材の搬入すらできない。これらを可能にするためには通路が必要不可欠であり、それは袋地での生活の生命線といえよう。
- 90) 近藤・前掲注（83）237-238
- 91) 川井・前掲注（85）433 は、買い受けた土地における借地権の対抗関係につき、本判例があてはまるとし、参考判例として最二小判昭 38・5・24 民集 17・5・639 と最三小判昭 43・9・3 民集 22・9・1817 を挙げるが、いずれも土地所有権者は未登記借地権に基づく建物取去および土地明渡請求を権利濫用として退けている。そして、土地譲受人は借

地権の設定につき悪意の事案である。前掲最二小判昭38・5・24は、土地が転々譲渡されるものの譲受人はいずれも当初譲渡人の子、血族または姻族関係にある同族会社であるなど土地賃貸借の事情を熟知しているだけでなく、転々譲渡されても譲受人は当初の土地賃貸人と同視しうる事案であり、前掲最三小判昭43・9・3は、借地権の存在を前提とした低廉な購入価格でありながら、未登記であることに乗じて建物取去、土地明渡請求をするものである。思うに借地権は土地の使用収益権能を独占するものであり、借地権の存する間、土地所有権者は当該土地を使用収益することができない。つまり、使用収益権能については借地権と土地所有権とは食うか食われるかの関係にあるのである。これに対し、通行地役権は要役地所有権者による通行（使用）と土地所有権者による使用収益とは両立するものである。その点で通行地役権事案とは異なる借地権事案に前掲最二小判平10・2・13の判断が適用されることはないものと思われる。前掲最二小判平10・2・13の判断が適用される事案とは、袋地の通路のような客観的認識が可能で、要保護性が高い事案で、しかも所有権等と利用の両立が可能な事案ということになる。

92) 前掲最二小判平10・2・13と同様の袋地の未登記通路に関する判例として、最三小判平18・1・17民集60・1・27がある。前掲最三小判平18・1・17は、甲による通路部分の時効取得後に当該通路を取得し登記を具備した乙は、当該通路の譲受時において、甲が多年にわたり当該通路を占有している事実を認識しており、甲の登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる事情が存在するときは、乙は背信的悪意者にあたるとした。同じ未登記通路に関する事案でありながら、前掲最二小判平10・2・13が背信的悪意者排除論を適用しない理由を、前掲最二小判平10・2・13は両立しえる制限物権設定事案であるのに対し、前掲最三小判平18・1・17は所有権取得事案であって、事案が異なる旨評釈されている（松並重雄「判批（最三小判平18・1・17民集60・1・27）」曹時61・1・282-283（2009））。したがって、前掲最二小判平10・2・13が善意有過失者をも民法177条の第三者から除外するなど、悪意者排除説へ一歩踏み出したもの（川井・前掲注（85）432、大野秀夫「判批（最二小判平10・2・13民集52・1・65）」判評477・35（1998））と評価されているが、そうではなく、背信的悪意者排除論が適用される所有権の二重譲渡事案や類似事案に適用されることはない（笠井修「判批（最三小判平18・1・17金判59）」金判1248・5（2006））ものと思われる。ところで、背信的悪意者に該当する第一要件として物権変動の認識が必要になる。しかし、所有権の時効取得については、民法162条の要件のうち、無過失以外は占有の事実によって推定される（民186Ⅰ）ものの、第三者が、占有開始時の無過失、10年間あるいは20年間の占有の事実および時効の援用を認識することは実務上ほとんどありえない。そこで、要保護性の高い未登記通路案件に関しては、客観的に認識が比較的容易な「多年にわたる占有の事実」を悪意の要件としたのである。つまり、要保護性の高い未登記通路時効取得事案にあつては悪意要件充足につき、従来の背信的悪意者判例よりも緩和したのである（関武志「判批（最三小判平18・1・17民集60・1・27）」判評577・15（2007）、松並・前掲290-291）。このように悪意要件緩和により、時効完成後における第三者の悪意性が容易に認められることになり、これに背信性（登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる事情の存在）が認められる場合には、背信的悪意者と評価されることになる。

悪意要件緩和により、容易に背信的悪意者と評価される可能性が高くなり、平成10年



2月判例の事案と同様、実質的に未登記通行地役権に対抗力を付与したとの評価が与えられることになる。ただし、そのような評価であっても、対抗関係で判断されるものではなく、あくまでも民法177条の第三者性の排除であることは平成10年2月判例事案と同様である。

前掲最三小判平18・1・17の一般的判断は、未登記通路の時効取得事案に限定されるものではなく、その射程は要保護性の高い、通常の悪意要件充足が難しい事案も射程範囲だということがいえそうである。

- 93) 山川一陽「判批〔最二小判平10・12・18民情150・13〕」民情153・54-55(1999)
- 94) 舟橋=徳本〔原島=児玉〕・前掲注(1)643頁
- 95) 最二小判昭28・12・18民集7・12・1515
- 96) 最三小判昭29・7・20民集8・7・1408
- 97) 前掲最二小判昭28・12・18、最二小判昭29・2・5民集8・2・390、最一小判昭29・6・17民集8・6・1121、最三小判昭30・4・5民集9・4・431
- 98) 対抗要件としては当然、借地借家法10条1項および同法31条1項も含まれる。
- 99) なお、大判昭8・5・9民集12・1123、最三小判昭49・3・19民集28・2・325は、賃貸不動産の譲受人は、登記を経由しないかぎり、賃貸人たる地位の取得を賃借人に対抗できないとして、民法177条の問題としている。その理由として、登記不要とすれば、二重譲渡した未登記譲受人のいずれも賃借人に賃料を請求できることになり不都合であり、賃借人の保護につながらないとする。このことは、本事例は民法177条が対抗問題として本来予定している事例とは異なることにつき、学説が共通して認識している点である(内田勝一「判批・賃貸人の地位の移転(最三小判昭49・3・19民集28・2・325)」別冊ジュリ196・123(民法判例百選Ⅱ債権、第六版、2009))にもかかわらず、判例は対抗問題として捉え、不動産賃借権の対抗力の中には賃貸人の地位の賃借人への対抗力も含まれると解していることになる。
- 100) 対抗要件を具備していない不動産賃借権にのみ認められている物権的効力は、①処分性の認容、②永続性、③時効取得、と解されている。しかし、①は人的要素の強い債権には認められないが、そうでない債権にも認められていることから、債権の中で不動産賃借権にのみ認められるものとはいえないし、①が物権的効力といえるかどうかとも問題になろう。②は民法の特別法である借地借家法3条により、物権と同様、長期の存続期間が認められている。特別法による存続期間の長期保証は、物権的効力というよりも、むしろ要保護性の問題であるといえよう。また、③は所有権のみならず、それ以外の財産権についても認められている(民163)が、債権に時効取得は認められていないことから、物権的効力として位置付けられようし、債権の中で賃借権のみが、判例によって時効取得を認められている(最三小判昭43・10・8民集22・10・2145、最三小判昭44・7・8民集23・8・1374、最三小判昭45・12・15民集24・13・2051、最一小判昭52・9・29判時866・127、最二小判昭62・6・5判時1260・7、最三小判昭62・12・15民集152・263、最三小判平16・7・13判時1871・76)。ただし、動産賃借権の時効取得も可能であり、時効取得は不動産賃借権に限定されているわけではない。また、川島武宜編『注釈民法(5)総則(5)』240頁〔安達三季生〕(有斐閣、1967)は、賃借権以外の債権の時効取得も可能としており、この見解にしたがえば、③も物権的効力とはいえないことになろう。

- 101) 最判平成6年判決事案は、建物は依然として登記名義人が使用占有を継続し、譲受人も自己が本件建物の所有者だと主張していない事案である（藤原弘道「判批（最三小判平6・2・8民集48・2・373）」民商111・4＝5・253（1995））。
- 102) 山本豊「判批（最判平成6年2月8日民集48・2・373）」NBL560・58（1995）、小野秀誠「判批（最判平6・2・8民集48・2・373）」金判959・46、47（1995）、湯浅道男「判批（最判平6・2・8民集48・2・373）」リマークス1995下38（1995）。しかし、実質的所有権者責任説がかならずしも不動の判例というわけでもなかった。最二小判昭35・6・17民集14・8・1396における小谷・河村少数意見、奥野補足意見および最一小判昭47・12・7民集26・10・1829の大隅意見は登記名義人責任説を採用した大判昭16・12・20法学11・719と同様の理論を支持しており、最一小判昭49・10・24判時760・56の大隅・岸上少数意見は当該理論をさらに深化させていたからである（松岡久和「判批（最三小判平6・2・8民集48・2・373）」法教168・149（1994））。
- 103) 松岡・前掲注（102）149、山本・前掲注（102）60
- 104) 山本・前掲注（102）58。なお、前掲大判昭16・12・20は、登記名義人を相手方とする請求を認容している。
- 105) 西謙二「判批（最判平成6年2月8日民集48・2・373）」曹時49・3・128、141（注7）（1997）
- 106) 宇都宮充夫「建物譲渡後も登記名義を保有する譲渡人が建物収去・土地明渡義務を免れないとされた事例」中央学院12・2・163-164（1999）
- 107) 小野・前掲注（102）44-45
- 108) 山本・前掲注（102）61
- 109) 藤原・前掲注（101）252も、社会通念上、建物敷地に対する事実的支配（占有）は、なお登記名義人にも残存していると法的に評価することは十分可能なのではないかと指摘する。小野・前掲注（102）46も同旨。
- 110) もちろん、海底の土地が隆起するなどして新たに土地が生じた場合には、当初の所有者は国になる（民239Ⅱ）ものの、その後、未登記のままで転々譲渡されることはありえるが、かなりレアなケースであるといえよう。
- 111) 土地の使用収益権原が借地権の場合は、建物収去するか建物買取請求（借借13）を地主にするかの判断を当該時点の建物所有者がすることになる。
- 112) 宇都宮・前掲注（106）157-158
- 113) 藤原・前掲注（101）249、250、鈴木禄弥『物権法講義』157頁（創文社、五訂版、2007）。しかし、厳密な意味で物的支配を相争う関係にないにもかかわらず、判例が、民法177条の機能する対抗関係であると判断する場合が従来からあることから、本件の場合も対抗関係として扱ったとしても判例上、何ら問題ないものと思われる。厳密な意味での対抗関係でないにもかかわらず、判例がそれを対抗関係と捉えている事案は、賃貸目的不動産の新所有者と賃借人との関係であり、新所有者と賃借人は賃貸目的不動産の所有権を相争う関係にないにもかかわらず、民法177条の規定上、新所有者は賃貸目的不動産につき登記を経由しなければこれを賃借人に対抗できないとする（最三小判昭49・3・19民集28・2・325）。
- 114) 登記をこのように捉えた場合、最判平成6年判決は、登記に不法占拠物収去義務負担要



件という新たな機能を付加した判決ということになろう。また、登記の義務負担要件という機能は、未登記建物の取引にあって、義務負担をしたくないがために、譲渡人は自ら保存登記せしめないと不合理をもたらす可能性があるとともに、既登記建物にあっては、所有権移転の登記を譲渡人に促すことにもなろう。なお、鈴木・前掲注(113)158頁は、収去義務を免れるためには所有権移転だけでなく、その移転登記もしなければならぬという意味で「義務免脱資格要件」と呼ぶ。これは義務を負担するのは移転登記を怠ったことに対するサンクションであるとの考えに立つものである。

115) 最判平成6年判決はこの点で最二小判昭31・5・25民集10・5・554(未登記不動産の譲渡後、仮処分決定に基づく裁判所の嘱託により譲渡人のためになされた所有権保存登記も、一般の所有権保存登記と同一の効力を有する)に反すると指摘されている(松岡・前掲注(102)149)。しかし、最判平成6年判決は、嘱託による所有権保存登記の効力を否定するものではまったくない。最判平成6年判決は、不法占拠物の収去義務負担の意思表示を登記にかからしめたものであるから、当事者意思の反映のなされない嘱託登記が区別されるだけであり、嘱託登記における第三者対抗力を何ら否定するものではないのである。ただし、嘱託登記といえども、譲渡人は不完全に排他的な所有権を有するから、登記という表象と実体が合致している。なお、譲受人が完全権を取得するためには登記が必要であり、そのためにはいったんは譲渡人による保存登記が必要になる。当該保存登記は譲渡人自らの意思でするのでなければ、譲渡人は嘱託でなされる可能性を予見できたはずであり、そうであるならば、嘱託登記によっても不法占拠物の収去義務負担を引受けたものとする意思を擬制できるはずである。そうであれば、嘱託登記といえども、譲渡人を不法占拠物の収去請求の相手方とすることができると解することも可能かと思われる。しかし、そうすると最判平成6年判決に反するばかりか、前掲最二小判昭35・6・17にも反することになってしまう。

116) 山本・前掲注(102)61、宇都宮・前掲注(106)160

117) 西・前掲注(105)143-144(注24)

118) 舟橋＝徳本〔原島＝児玉〕・前掲注(1)642頁

119) 広中・前掲注(60)139頁

120) 最二小判昭28・9・18民集7・9・954、最三小判昭33・7・29民集12・12・1879、最二小判昭37・6・22民集16・7・1374

121) 最三小判昭40・12・21民集19・9・2221、最一小判昭47・4・20判時668・47

122) 大判大9・9・8民録26・1312

123) 大判大7・7・31行録29・871

124) 最大判昭28・2・18民集7・2・157

125) 舟橋＝徳本〔原島＝児玉〕・前掲注(1)606頁

126) 土地収用にあっては大判明38・4・24民録11・564(これは、土地収用は関係者に対しては登記を不要とし、それ以外の者に対しては登記を要すると判示している)、農地買収にあっては最一小判昭39・11・19民集18・9・1891、最二小判昭41・12・23民集20・10・2186、最一小判昭42・4・13民集21・3・624

127) 舟橋＝徳本〔原島＝児玉〕・前掲注(1)612頁

128) 道路法4条は、「道路を構成する敷地、支壁その他の物件については、私権を行使する

ことができない。但し、所有権を移転し、又は抵当権を設定し、若しくは移転することを妨げない。」と定められている。

- 129) 大判大7・12・19民録24・2342
- 130) 最一小判昭44・12・4民集23・12・2407
- 131) 前掲最一小判昭44・12・4
- 132) 大判大8・6・23民録25・1090
- 133) 最一小判昭31・4・24民集10・4・417
- 134) なお、再上告審である最一小判昭35・3・31民集14・4・663は、滞納者の所有に属しない第三者所有の不動産を滞納者の所有に属するものと誤認してなされた公売処分は、目的不動産の所有権を競落人に取得される効果を生じないとする意味において無効であるとした。ここでは、差押債権者である国は背信的悪意者であると解され、民法177条の第三者の範囲から除外されたものと思われる（柚木馨＝高木多喜男補訂『判例物権総論』240頁（有斐閣、補訂版、1972））。
- 135) 最一小判昭32・6・7民集11・6・999、最一小判昭41・6・2判時464・25
- 136) 最一小判昭39・3・6民集18・3・437
- 137) 最一小判昭46・11・16民集25・8・1182
- 138) 最一小判昭44・3・27民集23・3・619
- 139) 舟橋＝徳本〔原島＝児玉〕・前掲注（1）568頁
- 140) 大判大4・3・24民録21・275
- 141) 大判昭4・2・23新聞2957・13
- 142) 横山美夏「47物権的請求権の相手方」中田裕康他編『別冊ジュリスト民法判例百選Ⅰ総則・物権』97頁（有斐閣、第6版、2009）
- 143) 於保・前掲注（19）143頁は、登記名義人である譲渡人も責任を負う理由として、「母権としての観念的所有権」を有することを挙げている。
- 144) 広中・前掲注（60）245頁
- 145) 私見では、譲渡人が有する登記を、建物取去義務を負担する意思が擬制され、義務負担を拒絶できない義務負担要件の登記と位置づけている。
- 146) 舟橋＝徳本〔原島＝児玉〕・前掲注（1）577頁
- 147) 広中・前掲注（60）131頁
- 148) この点についても一貫性を持たせるためには、解除前の第三者のみならず、取消前の第三者についても遡及的復帰の物権変動を適用することなどが考えられる。詐欺の取消前の第三者については民法96条3項によって政策的に復帰の物権変動を制限するなどといった法的構成になろう。
- 149) ちなみに、取消前の第三者事案にあっても、取消後の第三者事案に合わせるべく、判例（前掲最一小判昭49・9・26）とは異なり、遡及的復帰の物権変動構成を採用するならば、整合構成を用いると次のようになる。すなわち、被詐欺者で取消者をA、詐欺者たる買主をB、転得者をCとし、AB間の売買契約を第一売買（BC間の売買契約は第二売買となる）とすれば、転得者Cが悪意の場合、A・B間における売買契約の取消しにより、ただちに不完全に排他的な所有権（第一所有権：不完全所有権）が第一売買契約時に遡及してAに復帰する（①）（Bが登記を有し、Cに登記が移転していない以上、Bは不完全に排

他の所有権を未だ有しており、当該所有権がAに復歸する。)。そして、その登記がなされない間は、Bも（第一売買時に遡及してAに復歸しないところの）不完全に排他的な所有権（第二所有権：不完全所有権）を有するはずである。しかし、Bは詐欺者であるから、当該所有権は信義則上、消滅する。そして、Aに復歸した所有権は不完全な排他性ゆえに、本来であれば、Aは第一所有権を登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者たるCに主張できないはずである（②）。しかし、CはA・B間の売買契約がBの詐欺によって行われたことにつき悪意であることから、Aは、政策上、当該所有権をCに主張できる。もちろん、Aの所有権は未だ不完全に排他的な所有権であり、登記具備により完全に排他的な所有権になる。

次にCが善意の場合、A・B間における売買契約の取消しにより、ただちに不完全に排他的な所有権（第一所有権：不完全所有権）が第一売買契約時に遡及してAに復歸する（①）。そして、その登記がなされない間は、Bも（第一売買時に遡及してAに復歸しないところの）不完全に排他的な所有権（第二所有権：不完全所有権）を有するはずである。しかし、Bは詐欺者であるから、当該所有権は信義則上、消滅する。一方、第一売買の取消前にすでに当該不動産がBからCに売却されており、Cは登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者であることはいうまでもないことであるが、政策上、Cは登記具備なくとも、その所有権をAに主張しえる（Cの有する所有権は登記具備がないことから、不完全に排他的な所有権：不完全所有権である）。反対に、Aは登記具備があっても、政策上、その所有権をCに主張しえないのである。また、Cは登記具備により完全に排他的な所有権を取得することになる。

150) 舟橋＝徳本〔徳本〕・前掲注（1）216 頁

151) 舟橋＝徳本〔徳本〕・前掲注（1）217 頁

152) 川島＝川井〔川井〕・前掲注（6）303 頁

153) 於保不二雄『財産管理権論序説（復刻版）』318 頁（有信堂高文社、昭和 29 年版復刻、1995）、同編『注釈民法（4）総則（4）』335 頁〔金山正信〕（有斐閣、1967）